Der Besitz des gesetzlichen Vertreters.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

HUGO GEISSLER

Referendär

aus

Bretten.

Karlsruhe.
Druck von Ferd. Thiergarten (Bad. Presse)
1905.

Referent:

Herr Professor Dr. JAEGER.

Benutzte Literatur.

Affolter, Archiv für Bürgerl. Recht. Bd. 17, Heft 1, S. 1 ff.

Baron, Pandekten, 9. Auflage.

Bartels, „Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B." in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Sechste Folge. Zweiter Jahrgang. S. 645 ff.

Bekker, das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Bekker, der Besitz bewegl. Sachen" in Iherings Jahrbücher. Bd. 34 S. 1 ff.

Biermann, Kommentar zum B. G. B., das Sachenrecht, 2. Aufl. 1903.

Binder, die Rechtsstellung des Erben, 1. Teil.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

Dernburg, Pandekten, 4. Auflage.

Dernburg, das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preussens, 3. Aufl.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. 5. Aufl.

Förtsch, „Sind nach dem Recht des B. G. B. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen" in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Sechste Folge, dritter Jahrgang S. 545 ff.

Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B. G. B. für das deutsche Reich.

Gierke, Verhandlungen des Vierundzwanzigsten Juristentages S. 29 ff.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht.

Haidlen, bürgerliches Gesetzbuch.

Jaeger, Konkursordnung 2. Aufl.

Jhering, der Besitzwille.

Kniep, der Besitz des B. G. B. gegenübergestellt dem R. R. und dem gemeinen Recht.

Kuhlenbeck. Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb.

Motive zum Entwurf eines B. G. B. Bd. 3.

Örtmann, das Besitzrecht des Ehemanns am eingebrachten Gute der Ehefrau in Jherings Jahrbücher Bd. 44 S. 207 ff.

Planck, Allgemeiner Teil. 3. Aufl.
Planck-Greiff, Sachenrecht. 3. Aufl.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.
Randa, der Besitz nach österreichischem Recht etc. 4. Aufl.
Regelsberger, „Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen" in Jherings Jahrbücher Bd. 44 S. 393 ff.
Staudinger-Cober, Kommentar zum B. G. B., Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.
Seuffert, Konkursprozess.
Strohal, der Sachbesitz nach B. G. B. in Jherings Jahrbücher Bd. 38 S. 1 ff.
Strohal, das deutsche Erbrecht. 3. Aufl.
Savigny, das Recht des Besitzes. 7. Aufl.
Ullmann, Einige Streitfragen aus dem Gebiete des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, im Archiv f. zivil. Praxis. Bd. 92 S. 288 ff.
Wendt, der mittelbare Besitz des B. G. B., im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 87 S. 40 ff.
Wendt, Verhandlungen d. Vierundzwandzigsten deutchen Juristentages. Bd. III S. 1 ff.
Windscheid-Kipp, Pandekten. 9. Aufl.

Disposition.

A. Einleitung.
B. I. Abschnitt.
§ 1. Begriffsbestimmung des Besitzes.
§ 2. Rechtliche Natur des Besitzes.
C. II. Abschnitt.
§ 3—5 Stellvertretung beim Besitzerwerb.
§ 4. B. G. B. § 855.
§ 5. B. G. B. § 868.
§ 6—10 Besitz des gesetzlichen Vertreters.
§ 6. Verschiedene Ansichten.
§ 7. Deren Würdigung.
§ 8. Die hauptsächlichsten gesetzlichen Vertreter.
§ 9. Realisirung des Besitzes.
§ 10. Verlust des Besitzes.
D. § 11. Schluss.

Einleitung.

In der Regel handeln die bei einem Rechtsgeschäft beteiligten Personen im eigenen Interesse und nur sie werden von den aus dem Rechtsgeschäft resultierenden Wirkungen betroffen. Nun gibt es aber Fälle, bei denen das Rechtsgeschäft nicht im Interesse der Handelnden, sondern dritter Personen vorgenommen wird. Denn nicht alle Rechtsgeschäfte, die man abschliessen möchte oder muss, kann man selbst abschliessen. Der Geschäftsunfähige kann keine Rechtsgeschäfte vornehmen. Er ist rechtlich an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts verhindert. Ebenso ist der Hausherr, um das Schulbeispiel zu nennen, nicht in der Lage, täglich auf den Markt zu gehen, um das für den Haushalt Notwendige einzukaufen. Er ist tatsächlich an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts verhindert.

In den Fällen der tatsächlichen Verhinderung kann sich nun der Verhinderte durch Absendung eines Boten helfen; d. h. er stellt selbst den Inhalt des Rechtsgeschäftes fest und lässt nur die Erklärung seines Willens durch einen andern vornehmen. Es ist dies die Stellvertretung in der Willenserklärung oder die uneigentliche Stellvertretung.

Man kann sich aber auch eines andern so bedienen, dass man ihm den Entschluss überlässt. Hier bildet der andere den rechtsgeschäftlichen Willen selbst. Ein solcher Vertreter erklärt nicht einen fremden Willen, sondern einen eigenen, den er selbst gebildet und der von dem Vertretenen anerkannt werden muss. Selbst die Erteilung von Instruktionen bringt hierin keine Aenderung hervor;

denn der Instruent hat lediglich die Absicht auf das Rechtsgeschäft gerichtet, der Entschluss wird vom Vertreter gefasst, und ist dessen persönliche Tat. Es ist dies die Stellvertretung im Willen und von ihr allein handeln die §§ 164 ff. B. G. B.

Die Stellvertretung im Willen dient nun nicht blos dem Belieben der Parteien, sondern auch als Ersatz der der Partei möglicherweise fehlenden eigenen Geschäftsfähigkeit. Demgemäss unterscheidet man zwischen gewillkürter und gesetzlicher Vertretung, d. h. die Vertretungsmacht beruht entweder auf dem freien Willen des Vertretenen oder sie wird vom Gesetz verlangt. Unter diesen letzteren Vertretern hebt das Gesetz eine besondere Art hervor, welche es als gesetzliche Vertreter bezeichnet, und man spricht von gesetzlicher Vertretung dann, wenn mit einem bestimmten Rechtsverhältnis von selbst eine Vertretungsmacht für andere Personen verbunden ist.

I. Abschnitt.

§ 1. Wenn in der vorliegenden Arbeit der Versuch gemacht werden soll, der Frage über den Besitz des gesetzlichen Vertreters näher zu treten, so ist es wohl am empfehlenswertesten, von dem Begriff des Besitzes auszugehen.

Unser Gesetzbuch gibt uns keine Definition, überlässt vielmehr die Begriffsbestimmung der Theorie und befindet sich hierin im Einklang mit dem Grundsatz der modernen Gesetzgebung, die es meistens unterlässt, Begriffe, wie den des Besitzes, durch starre Worte des Gesetzgebers zu binden.

Auch der E I unseres Gesetzes enthielt keine Definition des Besitzes, wohl aber findet sich in ihm eine Begriffsbestimmung der Inhabung „als der tatsächlichen Gewalt über eine Sache“; bezüglich des Besitzes gibt auch er uns nur Vorschriften über den Erwerb und Verlust.

Der E II und mit ihm das B. G. B. beobachten in Bezug auf den Besitz dasselbe Verfahren; jedoch zeigt der E II insofern eine Änderung, als die feine Unterscheidung zwischen Besitz und Inhabung, wie sie der E. I durchgeführt hatte, verschwunden ist. Schon die Motive zum E. I hatten die Zweckmässigkeit dieser Anordnung bezweifelt; gegen sie wandte sich auch vor allem die Kritik. Man forderte fast allgemein ein Besitzrecht, das frei von doktrinären Erwägungen sich an die Auffassung des Lebens und Verkehrs anschloss, und dieser Forderung sucht der E. II nachzukommen; er ist fast unverändert Gesetz geworden. Ohne direkte Anlehnung an eines der bisherigen Rechtssysteme will der Gesetzgeber hier ein den praktischen Bedürfnissen entsprechendes Besitzrecht schaffen. Seine Hauptaufgabe erblickt er in der Lösung der praktisch wichtigsten Frage: der Regelung des Besitzschutzes und dessen Voraussetzungen.

Zur Begründung für die Unterlassung einer gesetzlichen Normierung des Besitzbegriffs führen die Motive (III zu § 797 S. 80 ff.) aus: der Vorteil, welcher mit einer Definition verbunden sein würde, lässt sich nicht verkennen. An jeder Stelle, an welcher das Gesetz von Besitz redet, würde dasselbe durch die Begriffserklärung ergänzt werden. Bei genauer Prüfung muss die Möglichkeit einer in legislativen Beziehung genügenden und nicht misszuverstehenden Definition des Besitzes bezweifelt werden. Man kann die Tatsachen bestimmen, welche im Augenblicke der Besitzerwerbung vorhanden sein müssen, aber diese Tatsachen decken sich nach den für die Fortsetzung und den Verlust des Besitzes aufzustellenden Rechtsnormen keineswegs mit denjenigen Tatsachen, welche für die Fortsetzung des Besitzes von Bedeutung sind . . . . das Folgerichtige bei der Aufstellung einer Definition würde sein, von besonderen Vorschriften über Fortsetzung und Ende des Besitzes abzusehen, und nicht derartige Bestimmungen nachfolgen zu lassen, durch deren Aufnahme die Mangelhaftigkeit der gegebenen Definition zugestanden wird.

In diesem Sinn geben uns die Kommiss. Prot. S. 3330 eine Definition: Mit Besitz bezeichnet das B. G. B. jedes possessorisch geschützte Verhältnis der Person zur Sache.

Vergleichen wir diese hier gegebene Definition, deren Richtigkeit vom Standpunkt des B. G. B. aus zunächst zugegeben, mit der römisch-rechtlichen: possessionem apiscimur animo et corpore, so drängt sich uns sofort die Frage auf: ist zum Tatbestand des Besitzes ein animus domini nicht mehr erforderlich, und wie steht es mit der tatsächlichen Gewalt?

Was die zweite Frage anlangt, so knüpft das B. G. B. in § 854 den Erwerb des Besitzes an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Besitzer ist hiernach, wer nach Raum und Zeit Gewalt über eine Sache hat ohne Unterschied zunächst, ob er die Sache für sich oder für einen andern inne hat. Rechtliche Bedeutung aber erlangt dieser Besitz nur insoweit, als er Rechtswirkungen zu äussern imstande ist, insbesondere sofern ihm ein Schutz zugebilligt wird. Im Gegensatz zum römischen Recht knüpft nun das B. G. B. deutschrechtlicher Auffassung folgend, den Besitzschutz an die blosse Inhabung mit alleiniger Ausnahme der unselbständigen und momentanen Detention d. h. Fällen, bei denen der Inhaber den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines andern zu folgen hat. Damit aber ist die seit v. Savigny im gemeinen Recht vertretene sog. Subjektivitätstheorie gefallen und mit ihr die Unterscheidung zwischen detentio und possessio. Der animus domini, den der § 872 B. G. B. erwähnt, hat lediglich Bedeutung für den Eigentumserwerb.

Nun wäre es zweifellos verfehlt, wollte man aus der Tatsache, dass der Besitzschutz lediglich die tatsächliche Gewalt zur Voraussetzung hat, den Besitz kurzweg als die tatsächliche Gewalt über eine Sache definiren. Die Definition wäre zum Mindesten einseitig. Denn bis jetzt haben wir nur die Bestimmung des § 854 Abs. 1 B. G. B. in Betracht gezogen, mithin den Besitzerwerb durch Aneignung oder

kurz den originären Besitzerwerb. Dass unser Gesetz aber auch den derivativen Besitzerwerb kennt, ergibt sich aus Abs. 2 dieses Paragraphen, sowie aus verschiedenen anderen Bestimmungen des Gesetzes (§§ 857, 870, 2139, 2169 B. G. B.).

Schon die Bestimmung des § 854 Abs. 2 lässt darauf schliessen, dass mit der Definition des Besitzes als der tatsächlichen Gewalt über eine Sache unter der Herrschaft des B. G. B. nicht mehr auszukommen ist. Denn hier verlangt der Gesetzgeber zur Erlangung des Besitzes ausser der Einigung lediglich, dass der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Den schlagendsten Beweis hierfür bietet uns aber zweifellos § 857 B. G. B.

„Der Besitz geht auf die Erben über."

Denn die Bestimmung dieses Paragraphen bedeutet das völlige Aufgeben des Erfordernisses der tatsächlichen Gewalt beim Besitzbegriff. Denn wie anders könnte diese Vorschrift verstanden werden? Wenn *Greiff-Planck* a. a. O. S. 39 ff. versucht aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen zu folgern, dass auch hier der Gesetzgeber zum Erwerb des Besitzes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt fordere und die Vorschrift des § 857 B. G. B. dahin verstanden wissen will, dass durch sie lediglich ein dem tatsächlichen Besitzer ähnliche Rechtslage geschaffen werden soll, so steht dieser Annahme in erster Linie der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Und gewiss ist es nicht unbedenklich, den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes durch eine Fiktion zu ersetzen. Denn auf etwas anderes läuft die Argumentation bei *Greiff* nicht hinaus. Wirklicher Besitzer soll nach ihm der abwesende Besitzer nicht werden, sondern lediglich die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften sollen auf ihn entsprechende Anwendung finden. Hätte aber dies der Gesetzgeber gewollt, so hätte er eine dahin gehende Bestimmung treffen müssen.

Dass es ferner gewagt ist, wie es *Greiff* tut, den E I, der in § 2052 allerdings die Bestimmung enthielt: „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörenden

Sachen gehen nicht kraft des Gesetzes auf den Erben über“ zur Auslegung heranzuziehen, dafür genügt ein Hinweis auf den völlig veränderten Standpunkt der Auffassung der Redaktoren des E II bezgl. des Besitzes. Die Besitzlehre des E II sollte sich möglichst der natürlichen Auffassung anschliessen und keine verwickelten Konstruktionen darbieten. Der natürlichen Auffassung aber entspricht es zweifellos mehr, den Besitz direkt auf den Erben übergehen zu lassen. Schon im französischen Recht findet sich der Satz: le mort saisit le vif, den *Tiraquell* folgendermassen übersetzt: mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione. (vgl. hierzu die Kommentare z. B. G. B. und *Bartels* a. a. O. S. 648.)

Die Bestimmung des § 857 B. G. B. muss uns mit den Schlüssel geben, zu einer Fixirung des Besitzbegriffes. Doch bevor wir dazuschreiten, bedarf es noch einer Erläuterung des Begriffes „tatsächliche Gewalt,“ den das B. G. B. zum originären Besitzerwerb verlangt.

Das Gesetz sagt uns nicht, was es unter tatsächlicher Gewalt versteht; der Begriff ist dem bisherigen Recht entnommen und deshalb bleiben die in dieser Beziehung gemachten Untersuchungen auch fernerhin in Geltung. „Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Akt oder ein Vorgang einer Person tatsächlich die Herrschaft über ein Objekt verschaffe,“ schreibt *Randa* a. a. O. Seite 406/7, „ist wesentlich auf die Anschauungen des Verkehrs, auf die lebendige Lebensauffassung Rücksicht zu nehmen. Eine auf alle Fälle gleichmässig zutreffende, jede Missdeutung ausschliessende Formulirung des Prinzips wird bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Objekte und Lebensverhältnisse, der Wirtschafts- und Kulturstufen kaum je gefunden werden können.“

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht in den Festgaben für *Gneist* 1888 S. 64, bezeichnet den Besitzbegriff als einen sozialen Gewaltbegriff, der im Einzelnen je nach der zeitigen Verkehrsanschauung zu wechselnder Beurteilung der Tatbestände führt, ein Machtverhältnis, welches

dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, das aber keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplifikation gestattet.

Die Protokolle äussern sich darüber folgendermassen III S. 29: Der Ausdruck „tatsächliche Gewalt" wird bei verständiger Gesetzesanwendung nicht zu bedenklichen Entscheidungen Anlass geben. Er bezeichnet zugleich das für das Wesen des Besitzes kennzeichnende Moment, dass der Besitzer im Stande ist, dritte von seinem Machtbereich auszuschliessen. Dass zum Erwerb des Besitzes Erlangung der tatsächlichen Gewalt nötig ist, wird in allen Fällen zutreffen. Nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen ist es dann zu beurteilen, ob das tatsächliche Verhältnis der Person zur in Besitz genommenen Sache ausreicht, um den Besitz als fortbestehend anzusehen. Jedenfalls ist es richtiger, die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als Erfordernis aufzustellen, als nach dem Vorschlage *Iherings* die Herstellung desjenigen Verhältnisses der Person zur Sache, welche durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist. Der Bestand dieses Verhältnisses ist ein, wenn auch nicht das einzige Kennzeichen für das Vorhandensein des Besitzes, die Herstellung desselben ist aber zum Erwerbe des Besitzes in manchen Fällen nicht erforderlich, in manchen nicht genügend.

Wir ersehen hieraus, dass der entscheidende Massstab für die Feststellung des Tatbestandes der tatsächlichen Gewalt die Verkehrsanschauung bildet, und wir müssen desshalb jene Ansicht als irrig bezeichnen, die die tatsächliche Gewalt im Sinne des B.G.B. mit der physischen Gewalt oder mit der körperlichen Herrschaft über eine Sache verbunden mit der Möglichkeit, die Einwirkung Dritter auf die Sache abzuwehren, identifizirt. Denn einerseits muss zugegeben werden, dass der während seiner Abwesenheit nicht die physische Gewalt ausübende Besitzer eines offenen Grundstückes nicht den Besitz verliert und andrerseits kann die Möglichkeit einen Dritten von der Einwirkung auf die Sache auszuschliessen, nicht als

wesentliches Merkmal des Besitzes gelten. „Es ist nicht richtig, sagt *Windscheid* a. a. O. § 153 Ziff. 4, dass man mächtiger sei als alle andern, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken, sondern nur, dass gegenwärtig keine fremde Macht die .unsrige ausschliesst". Ähnlich auch *Randa* a. a. O. S. 3.

So hat denn der Begriff „tatsächliche Gewalt" im Laufe der Rechtsentwickelung immer mehr seinen absoluten Charakter verloren und wenn es auch keinem Zweifel unterliegen kann, dass aller Besitzschutz seinen historischen Ausgangspunkt von der tatsächlichen d. h. physischen Gewalt über eine Sache genommen hat, so ist doch dieser Begriff heute lediglich noch relativ zu fassen. Hervorgerufen wurde diese Wandlung durch die Bedürfnisse des Verkehrs. In der Verkehrsanschauung aber, die sich herausbildet, spiegelt sich das Gemeinbewusstsein der Rechtsgenossen wieder. Ihm muss der Gesetzgeber Rechnung tragen, der es deshalb auch mit gutem Grund unterlassen hat, den Begriff „tatsächliche Gewalt" durch bestimmte Worte zu umgrenzen. Denn nicht mit Unrecht sagt *Kober- v. Staudinger* a. a. O. S. 7: Je weiter unsere Kultur und insbesondere unsere Verkehrsmittel fortschreiten, umsomehr wird das früher engere Band zwischen Besitzer und Sache gelockert und gewissermassen vergeistigt. Der Natur der Sache nach ist übrigens der Begriff (sc. der tatsächlichen Gewalt) bei Mobilien enger zu nehmen als bei Immobilien.

Diese Erweiterung des Begriffes der tatsächlichen Gewalt aber führt uns mit zwingender Notwendigkeit zum Besitz ohne direkte Sachherrschaft und zugleich zur Möglichkeit, eine grosse Anzahl von Sachen zu besitzen.

Aus den bis jetzt angestellten Untersuchungen hat sich zweierlei ergeben, einmal dass von Besitz nur dann gesprochen werden kann, wenn ein solches Verhältnis von Person zur Sache vorhanden ist, dem der Gesetzgeber Besitzschutz verleiht, zum andern aber, dass dieses Verhältniss der Person zur Sache nicht eine körperliche

Inhabung voraussetzt, vielmehr es genügt, wenn nach der im Gemeinbewusstsein der Rechtsgenossen wurzelnden Anschauung dem Verhältniss Schutz zugebilligt werden muss. Darnach aber werden wir *Endemann* a. a. O. S. 98 beistimmen, wenn er den Besitz als das sozial ausgeprägte, befriedete Gewaltverhältnis eines Menschen über eine Sache definirt.

§ 2. Was die rechtliche Natur des Besitzes anlangt, d. h. die Frage, ob der Besitz ein Recht oder ein blosses Faktum ist, so besteht hierüber auch unter der Herrschaft des B. G. B. Streit. Die Frage hat für die vorliegende Arbeit nur sekundäre Bedeutung, wesshalb ein näheres Eingehen auf sie hier nicht erforderlich ist.

Die im gemeinen Recht herrschende Anschauung ging dahin, in dem Besitz lediglich ein Faktum zu erblicken. Ausschlaggebend für diese Ansicht war einerseits der Gedanke, dass der Besitz auf rein faktische Weise erworben werde, mithin ohne dass er ein Recht zur Voraussetzung habe, andrerseits die Tatsache, dass der Besitzer im Prozesse dem Eigentümer weichen müsse. Es war kein geringerer als *Ihering* (Geist des R. R. IV § 60, 61), der die Unhaltbarkeit dieser Ansicht für das gemeine Recht nachzuweisen suchte. Nach ihm ist der Besitz ein Recht, allerdings ein eigentümlich geartetes, in seiner Struktur von allen andern abweichendes Recht. Gleich ihm sind auch *J. Bekker* in seiner Schrift „das Recht des Besitzes bei den Römern“ und neuerdings *Affolter* für die Rechtsnatur des Besitzes eingetreten. *Affolter* a. a. O. S. 12 ff fasst den Besitz als ein dingliches Recht auf. Er findet das Wesen des letzteren in dem Nichtdürfen der übrigen Rechtssubjekte, sich Einwirkungen an der Sache zu gestatten, welche dem Dürfen des dinglich Berechtigten zuwiderlaufen. Allerdings weise dieses Dürfen des Besitzers dem Eigentümer gegenüber

eine klaffende Lücke auf, insofern als der Besitzer dem Eigentümer die vorenthaltene Sache zurückgeben muss. Aber trotz dieser Lücke sei ein Dürfen des Besitzers mit bestimmtem Inhalt den übrigen Rechtssubjekten gegenüber vollauf gegeben und darin erblickt *Affolter* den Stoff eines subjektiven Rechts.

Die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich unter der Herrschaft des B. G. B. mit der Frage beschäftigt oder sie gestreift haben, kommen auf Grund der einzelnen Bestimmungen des B. G. B. über den Besitz zu der Annahme der Rechtsnatur des Besitzes. Denn eine direkte Lösung der Frage konnte das Gesetz nicht geben; man ist deshalb darauf angewiesen, aus den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes über Besitz die rechtliche Natur desselben zu folgern. Darüber ist man einig, dass mit der Bezeichnung des Besitzes als Rechtsposition, wie ihn die Verfasser der Entwürfe nennen — Mot. Bd. 3, S. 111, Kommiss. Prot. S. 7720 — die Frage nicht gelöst ist. *Dernburg* a. a. O. S. 42 Anm. 4 bemerkt ganz treffend: darüber kann man vielerlei oder auch nichts denken.

Die Bezeichnung „Rechtsposition" ist, wenn man so sagen darf, nur ein Verlegenheitsausdruck. Man will der Theorie nicht vorgreifen, findet aber einen gewissen Widerspruch mit der bis jetzt herrschend gewesenen Anschauung über den Besitz und der Bestimmung des § 857 B. G. B.

„Wird der Besitz als etwas rein Tatsächliches aufgefasst, sagen die Komiss. Prot. S. 7720 ff., so kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass er auf den Erben nicht übergeht. Wird dagegen der Besitz für ein Recht gehalten, so ergibt sich daraus wohl ebenfalls von selbst, dass er wie jedes Recht auf den Erben übertragen wird . . . . Geht man davon aus, dass der Besitz eine Rechtsposition ist, deren Erlangung an die Erwerbung der tatsächlichen Gewalt gebunden ist, so liegt es nahe zu sagen, dass, wenn die Gewalt wegfällt, dann auch der Besitz seine Grundlage verloren hat. Allein keines der bisherigen Rechte hat einen solchen Satz und kann ihn auch nicht haben . . .

Ist hiernach die Rechtsposition des Besitzers nicht durch die Fortdauer der tatsächlichen Gewalt bedingt und sind andererseits nicht blos Rechte, sondern auch Rechtspositionen vererblich, so wird man auch logisch richtig sagen dürfen, dass, wenn der Besitzer stirbt, die Rechtsposition, welche er bisher gehabt hat, auf den Erben übergeht, sofern nicht ein anderer den Besitz erworben hat."

Der hier in den Protokollen geäusserten Ansicht steht die von *Strohal* vertretene am nächsten. *Strohal*, der Sachbesitz S. 63 ff., wie im Erbrecht § 63 III sucht auf Grund der §§ 854 Abs. 2, 870, 857 B. G. B. den Nachweis zu führen, dass eine Succession in den Besitz im B. G. B. stattfindet, lehnt es jedoch ab, deshalb den Besitz als Recht zu bezeichnen. Denn es gibt einerseits Rechte, in die man nicht succedieren kann (so z. B. in den Niessbrauch), und andererseits Rechtsfolgen von Tatbeständen, in die man succedieren kann, obschon sie gewiss nicht Rechte sind (so z. B. in den aus der einseitigen Gebundenheit des Antragstellers für den Antragsempfänger, oder in den für Jemanden aus einer praesumtio iuris sich ergebenden rechtlichen Vorteil). *Strohal* unterscheidet sodann scharf zwischen Besitztatbestand und den aus ihm resultierenden Rechtsfolgen; nur in die letztere soll nach ihm eine Succession stattfinden. Und an einer anderen Stelle hebt er hervor (Sachbesitz S. 65): dem theoretischen Standpunkt des Gesetzes wird man sicherlich am besten gerecht, wenn man die Zusammenschliessung der an den Besitztatbestand sich knüpfenden Rechtsfolgen zu einem einheitlichen subjektiven Rechte vermeidet.

Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, dass es sowohl Rechte gibt, in die man nicht succedieren kann, als auch Rechtsfolgen, in die man succediren kann, obwohl sie keine Rechte sind. Es ist aber nicht ersichtlich, warum der Besitz gerade zu den Letzteren gehören soll. *Strohal* selbst ist den Beweis schuldig geblieben. Die Rechte aber, in die man nicht succediren kann, bilden zweifellos die Ausnahme von der Regel. Seine Trennung ferner

in Besitztatbestand und den aus ihm resultierenden Rechtsfolgen ist nicht neu. Bereits *Savigny* a. a. O. § 5 macht diese Unterscheidung, nur dass er insoweit weiter geht als *Strohal* und den Besitz wegen der an ihn geknüpften Rechtsfolgen zugleich als Recht bezeichnet; während *Windscheid* a. a. O. § 150, der ebenfalls trennt, annimmt, dass an die Tatsache — Besitz — zwar rechtliche Folgen geknüpft sind, dass dadurch aber der Besitz nicht zum Rechte werde. Diese Auffassung *Windscheids* liegt wohl den Ausführungen *Strohals* zu Grunde. Gegen diese Auffassung *Windscheids* polemisirt *Ihering*. Nach ihm enthält die Windscheidsche Ansicht eine Verwechselung der rechtserzeugenden Tatsachen und der daran geknüpften Wirkungen. Eine Tatsache sei kein Recht, der Erwerb des Besitzes so wenig wie der Abschluss eines Vertrages; aber wenn das Gesetz an eine Tatsache rechtliche Folgen knüpfe, die durch Klage verfolgt werden können, so rufe es damit den Tatbestand ins Leben, den man als Recht bezeichne.

Wir werden nun nicht den Besitz deshalb als Recht bezeichnen, weil er rechtliche Folgen nach sich zieht; das tun, wie *Endemann* a. a. O. S. 99 und *Randa* a. a. O. mit Recht hervorheben, Geburt und Tod, wie das Abbrennen eines versicherten Hauses auch, sondern weil die tatsächlich eingenommene Position als dinglich geschützte behandelt wird und als solche auf den Rechtsnachfolger übergeht. *Endemann* a. a. O.

Als Beleg für die dingliche Sicherung mögen hier die Bestimmungen der §§ 1006/7 B. G. B. hervorgehoben werden.

Nach § 1006 wird zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei. Diese Vermutung kommt ihm als Kläger im Falle der negatorischen Klage (§ 1004), als Beklagten im Falle der Vindikation (§ 985) zu statten. Auch bei Geltendmachung persönlicher Ansprüche z. B. auf Schadensersatz, Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung ist die Vermutung von erheblicher Bedeutung. Aber das B. G. B.

wäre auf dem halben Wege stehen geblieben, wenn es nur die Bestimmung des § 1006 enthielte. Das praktische Bedürfnis geht zweifellos dahin, dass der Besitzer, weil der Besitz die Vermutung des Rechtes einschliesst, wie ein dinglich Berechtigter d. h. petitorisch gegen jedermann und auch aus früherem Besitz gesichert werde. Diesem Bedürfnis trägt § 1007 B. G. B. Rechnung. Denn hier haben wir es mit einem dem Kläger gewährten dinglichen Verfolgungsrecht, einer petitorischen Besitzklage zu tun. Wer den Besitz verloren hat, kann den Anspruch aus früherem Besitz gegen den bösgläubigen Erwerber durchfechten, (vgl. hierzu die Kommentare zu den §§ 1006/7, sowie *Endemann* a. a. O. § 25 Ziff. 4).

Was nun den zweiten Punkt, den Übergang des Besitzes auf den Rechtsnachfolger, anlangt, so erkennen wir aus einer Stelle in der Denkschrift S. 162, dass die Trennung in Besitztatbestand und den aus ihm resultierenden Rechtsfolgen nicht im Sinn des Gesetzgebers lag, dass er vielmehr beabsichtigte, den Besitz als solchen auf den Erben übergehen zu lassen: „die im geltenden Rechte verschieden beantwortete Frage, ob der Besitz vererblich ist, d. h. ob der Erbe den Besitz des Erblassers überkommt, auch wenn er die tatsächliche Gewalt über die Sache noch nicht erlangt hat, entscheidet der Entwurf (§ 841=857) im Anschluss an die Auffassung des deutschen Rechts im bejahenden Sinn."

Ausser § 857 B. C. B. macht *Bartels* a. a. O. S. 648/9 noch auf zwei Bestimmungen des Erbrechts aufmerksam, die für die Rechtsnatur des Besitzes sprechen. Der Besitz kann Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Hat der Erblasser eine nicht in seinem Eigentum, aber in seinem Besitz befindliche Sache vermacht, so gilt im Zweifel der Besitz als vermacht, es sei denn, dass er dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil gewährt (§ 2169 Abs. 2 B. G. B.). Die andere Bestimmung enthält § 2139 B. G. B. Denn wenn hier das Gesetz davon spricht, dass mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft

dem Nacherben anfällt, so muss auch notwendigerweise der von dem Erblasser überkommene Besitz des Vorerben als ein Bestandteil der Erbschaft aufgefasst, auf den Nacherben ohne weiteres kraft Gesetzes übergehen.

Als weiterer Beleg für die Rechtsnatur des Besitzes muss auch die Bestimmung des § 992 B. G. B. angesehen werden. Schuldhafte Verletzung des Besitzes stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung dar.

Räumt man aber ein, dass der Besitz ein Recht an der Sache und nicht ein blosses Faktum ist, so ist damit auch die fast unlösbare Schwierigkeit, die sich bei gegenteiliger Ansicht hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung des mittelbaren Besitzes ergibt, leicht zu überwinden. Das B. G. B. kennt nämlich ausser dem Alleinbesitz, von dem oben bei Definierung des Besitzbegriffes ausschliesslich die Rede war, sowie dem Teil- und Mitbesitz (§§ 865, 866) in § 868 ein dem bisherigen gemeinen Recht unbekanntes Besitzverhältnis an. § 868 sagt uns insofern etwas Neues, als hier das B. G. B. normiert, dass auch derjenige Besitzer ist, dem gegenüber der Inhaber der tatsächlichen Gewalt auf Zeit zum Besitze berechtigt resp. verpflichtet ist; denn einer besonderen Hervorhebung, dass der Niessbraucher etc. Besitzer ist, bedurfte es nicht. Das B. G. B. bezeichnet ihn als mittelbaren Besitzer und die Theorie nennt dementsprechend den Inhaber der tatsächlichen Gewalt unmittelbaren Besitzer. Würde man nun annehmen, dass der Besitz lediglich die tatsächliche Sachherrschaft ist, so könnte von einem mittelbaren Besitz wohl nicht die Rede sein; denn es ist nicht richtig zu sagen, der mittelbare Besitzer besitzt durch den unmittelbaren, da wenigstens beim Nutzbesitz der unmittelbare Besitzer den Besitz nur für sich ausübt.

Doch nach diesen Bemerkungen wollen wir zur Lösung der Frage selbst schreiten.

II. Abschnitt.

§ 3. Bei der Untersuchung der Frage ist zunächst zu prüfen, ob eine Stellvertretung im Besitzerwerb möglich ist.

Die Frage ist unter der Herrschaft des B. G. B. äusserst bestritten. Während *Dernburg* a. a. O. Bd. I S. 470 eine Vertretung im Sinne der §§ 164 ff. B. G. B. auch bei rechtlich erheblichen Handlungen, insbesondere beim Besitzerwerb, bei der Spezifikation zulässt, nimmt *Endemann* a. a. O. Bd. I. S. 339 ff. an, dass eine Stellvertretung nur bei Rechtsgeschäften möglich ist. Er kommt zu einer völligen Verneinung des Besitzerwerbs durch Stellvertretung, indem er an einer anderen Stelle Bd. II S. 161 Anm. 2 ausführt: Auch da, wo der Besitzerwerb zweifellos als Rechtsgeschäft aufgefasst werden muss, kann § 164 B. G. B. keine Anwendung finden, weil der Erwerb vom Vertreter nicht im Namen des Herrn dem Dritten gegenüber erklärt wird und durchaus keine Rechte und Verpflichtungen zwischen Herrn und Dritten daraus entstehen, was doch der Zweck der Vertretung in jenem Sinn ist. *Leonhard* kommt in seiner Schrift „Vertretung beim Fahrniserwerb" S. 64 zu dem Ergebnis, dass eine Art Vertretung im Besitze nur bei bestimmten Gewaltverhältnissen nach § 855 möglich sei und dass es im übrigen dazu sowohl an einem Mittel, als auch an einem Bedürfnis fehle. Auch der Beauftragte, dem eine Sache übergeben werde, könne den unmittelbaren Besitz demnach nur für sich, nicht für den Auftraggeber erwerben. *Greiff-Planck* a. a. O. S. 34 Ziff. 5 vertritt die Ansicht, dass es bei der Frage, ob eine Person durch die Handlung eines Andern die tatsächliche Gewalt erlangt, auf die Verkehrsanschauung ankomme. Für bestimmte, praktisch besonders wichtige Fälle enthalte § 855 eine erläuternde Vorschrift. Zweifelhaft sei, ob auch in andern Fällen der Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch einen Andern möglich sei, insbesondere ob, wenn der Vorstand einer juristischen

Person für diese den Besitz eines Grundstücks und der darauf befindlichen beweglichen Sachen erwerbe, die juristische Person unmittelbarer Besitzer werde. Der Vorstand der juristischen Person sei nicht Besitzdiener im Sinne des § 855; denn er stehe zu der juristischen Person nicht in einem der in diesem Paragraphen bezeichneten Verhältnis. Die Entscheidung der Frage hänge demnach davon ab, ob man nach der Verkehrsauffassung in einem Fall der fraglichen Art einen unmittelbaren Besitz der juristischen Person anzunehmen habe, oder ob der Vorstand den unmittelbaren Besitz für sich, für die juristische Person aber den mittelbaren erwerbe.

Die Schwierigkeit der Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage ergibt sich daraus, dass wir es beim Besitzerwerb, mindestens beim originären mit einem rein tatsächlichen Vorgange zu tun haben, an den der Gesetzgeber Rechtswirkungen knüpft, die der Handelnde weder zu kennen, geschweige denn zu wollen braucht. Es bildet demnach der Wille beim Besitzerwerb kein essentieller Bestandteil des Tatbestandes. Hieraus muss nun zunächst gefolgert werden, dass der Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft ist. Denn unter Rechtsgeschäft verstehen wir mit den Motiven Bd. 1, S. 126 eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist. Es besteht demnach das Wesen des Rechtsgeschäfts in der Äusserung des Willens, mit Hilfe der Rechtsordnung einen Erfolg zu erreichen. Da nun in der Regel eine Vertretung im Sinn des § 164 B. G. B. nur bei Rechtsgeschäften, d. h. eben in dem Erfolgswillen möglich ist, so wird schon hieraus die Unmöglichkeit einer Vertretung im Sinn des genannten Paragraphen beim Besitzerwerb gefolgert. Dieser Ansicht aber kann nicht beigetreten werden. Wenn der Besitzerwerb auch kein Rechtsgeschäft ist, so ist er doch eine Rechtshandlung. Und wir fassen mit den Motiven Bd. 1 S. 127 unter letzterem Begriff alle Handlungen, an die Rechtswirkungen

sich anschliessen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind. Mit Recht hebt nun *Leonhard* hervor, dass bei mehreren solcher Handlungen eine Vertretung statthaft ist, wie jedenfalls z. B. bei der Spezifikation. Es ist also nicht richtig, zu sagen: Weil der Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine Rechtshandlung ist, deshalb ist keine Vertretung möglich. Vielmehr liegt der Grund darin, dass beim Abstrahieren unseres Gesetzes von dem Willenserfordernis beim Besitz die Mittelsperson selbst Besitzerin wird und unser Gesetz keinen Behelf an die Hand gibt, durch den die Mittelsperson — abgesehen von der Übergabe — die von ihr vertretene Person sofort zum ausschliesslichen Besitzer zu machen vermöchte. Unser Gesetz kennt keine Detention im römisch rechtlichen Sinn. Derjenige, der eine Sache inne hat, ist, sofern nicht Besitzdiener, wirklicher Besitzer. Der Andere besitzt auch, aber er hat nur den mittelbaren Besitz: er besitzt auf Grund des Rechtsverhältnisses, das zwischen ihm und der Mittelsperson besteht. Infolgedessen sind beide Besitzer und keiner ist Stellvertreter des andern. Doch hierzu noch einige Bemerkungen.

Zunächst hat die Beseitigung des animus beim Besitz im B. G. B. zur notwendigen Folge, dass die bis jetzt im gemeinen Recht herrschende Lehre, wonach als Besitzer aus dem Besitzvermittelungsgeschäft derjenige hervorgehen soll, den die dabei tätigen Personen zum Besitzer machen wollen, fallen musste, ebenso wie die ihr verwandte Konstitutstheorie. Die letztere hat mit der ersteren, der sog. Willenstheorie, den Ausgangspunkt gemein, nämlich, dass die Parteien bestimmen können, wer aus dem Traditionsgeschäft Besitzer werden soll und sucht die sich bei der Willenstheorie ergebende Schwierigkeit für den Fall des Fehlens einer bestimmten Willensrichtung dadurch zu beseitigen, dass sie dann zwar den Empfänger Besitzer werden lässt, aber dieser soll vermöge eines sich unmittelbar an seinen Erwerb anschliessenden constitutum

possessorium den Besitz auf seinen Auftraggeber übertragen (vgl. R. G. E. Bd. 11, 57; 30, 142). Mit welchen Schwierigkeiten aber der erkennende Richter gerade bei Feststellung des Willensmomentes zu kämpfen hatte, dafür liefert die die Konstitutstheorie den besten Beleg; denn die Praxis konnte, wollte sie zu einigermassen annehmbaren Ergebnissen gelangen, unmöglich mit der Willenstheorie auskommen, sie griff daher zu der in der Theorie äusserst bestrittenen Lehre des constitutum possessorium. Die Konstitutstheorie aber übersieht, wie *Lenel* a. a. O. S. 69; *Kohler* a. a. O. Arch. f. bürg. R. Bd. 18 S. 104 und neuerdings *Regelsberger*, *Iherings* Jahrbücher Bd. 44, S. 406 mit Recht hervorheben, dass die Verpflichtung zur Eingehung eines Konstitutsvertrags dessen Abschliessung nicht ersetzt. Ferner aber muss die Annahme eines vorausgehenden Vertrages daran scheitern, dass die Besitzübertragung durch Konstitut an einer erst zu erwerbenden Sache so wenig möglich ist wie die Tradition. Es kann deshalb vom Standpunkt der Praxis aus nur mit Freuden begrüsst werden, dass das B. G. B mit dieser Lehre gebrochen hat und besonders, wenn es ihm gelungen ist, durch einfachere Normen den Erfordernissen unseres Verkehrslebens gerecht zu werden. Eine Vertretung beim Besitzerwerb aber hat das B. G. B. durch die Bestimmungen der §§ 855 und 868 ermöglicht.

§ 4. Was zunächst § 855 B. G. B. anlangt, so bestimmt derselbe, dass wenn jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Andern Folge zu leisten hat, nur der Andere Besitzer ist. Es gilt nun zunächst den Kreis der in diesem Paragraphen bezeichneten Personen näher zu fixieren. Anlass hierzu gibt vor allem der Ausdruck

„oder in einem ähnlichen Verhältnis“. Die Bestimmung des § 855 B. G. B. muss zweifellos als eine Ausnahmevorschrift aufgefasst werden. Vgl. *Leonhard* a. a. O. S. 63. Sie ist dem praktischen Leben entnommen, in ihr kehrt der Gegensatz zwischen Besitz als einem dinglich wirksamen, rechtlich geschützten Verhältnis zur Sache und blosser Detention wieder. Der Unterschied zwischen beiden wird aber nicht, wie bei der Subjektivitätstheorie der gemeinrechtlichen Besitzlehre, durch das innerliche Kriterium des Willens, sondern durch das objektive des Rechtsverhältnisses, das der Innehabung zu Grunde liegt, bestimmt. § 855 B. G. B. ist als Ausnahmevorschrift strikte zu interpretieren. Er umfasst zunächst das häusliche Detentionsverhältnis. Das Gesinde, die Kinder, die Frau üben zwar die tatsächliche Gewalt über die ihnen vermöge dieses häuslichen Verhältnisses anvertrauten Sachen aus, sind aber, da sie bezgl. dieser Sachen von den Weisungen des Hausherrn abhängig sind, nach § 855 nicht Besitzer. An diese Gruppe reiht sich das Detentionsverhältnis der im Erwerbsgeschäft angestellten Personen, wie Lehrlinge, Gesellen, Fabrikarbeiter, Handlungsgehilfen etc. an. § 855 setzt demnach insoweit ein Abhängigkeitsverhältnis im Haushalt oder Erwerbsgeschäft voraus, vermöge dessen jemand, der fremde Sachen in tatsächlicher Gewalt hat, den Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat. Lassen wir den Haushalt und das Erwerbsgeschäft fallen, so gelangen wir zur dritten Gruppe d. h. zu den Personen, die sich in ähnlich abhängiger Stellung befinden, wie die im Haushalt oder Erwerbsgeschäft tätigen Personen. Dass diese Personen der Gesetzgeber in seiner dritten Alternativen „oder in einem ähnlichen Verhältnis“ treffen wollte, ergibt die Entstehungsgeschichte. Statt von einem „ähnlichen Verhältnisse“ sollte nach dem ursprünglichen Beschlusse der zweiten Kommission von einem „sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse“ gesprochen werden. Im E II § 778 war aber nur von einem „sonstigen Verhältnisse“ die Rede. Da man von dieser Fassung Missverständnisse bezgl. der Abgrenzung des § 855

gegenüber dem § 868 fürchtete, beschloss man bei der Revision statt von einem „sonstigen“ einem „ähnlichen“ Verhältnisse zu sprechen. Eine sachliche Änderung gegenüber dem ersten Beschlusse war mit keiner dieser Wandlungen des Ausdrucks bezweckt (vgl. hierzu *Planck* Bd. III, S. 36, *Biermann* a. a. O. S. 10). Es zählen mithin zu dieser Gruppe alle die Personen, die die tatsächliche Gewalt kraft eines Verhältnisses ausüben, durch das aber der Inhaber nicht auf bestimmte Zeit gegenüber dem ursprünglichen Besitzer zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, sondern jederzeit den Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten hat. Ein Vertrag braucht nicht vorzuliegen. Das Verhältnis kann privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur sein. Die Grenze zwischen § 855 und § 868 B. G. B. wird oft nicht leicht zu ziehen sein. In Fällen dieser Art muss der Richter die Verkehrsanschauung als Richtschnur betrachten. Eine besondere technische Bezeichnung für diese Hilfspersonen im Sinne des § 855 hat das B. G. B. nicht aufgestellt. Der von *Bekker* zuerst in Vorschlag gebrachte Ausdruck „Besitzdiener“ hat zwar einige Gegner gefunden, empfiehlt sich aber, weil er das Wesen der Sache am Besten trifft.

Diese Besitzdiener sollen nun, trotzdem sie die tatsächliche Gewalt über eine Sache haben, nicht als Besitzer gelten. Sie ermöglichen aber einen stellvertretenden Erwerb des Besitzes für ihren Herrn. Denn erlangt der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine Sache, so wird nicht er, sondern ausschliesslich der Herr Besitzer. Es kommt dabei weder auf den Willen des Besitzdieners, für den Herrn Besitz zu erwerben an, woraus schon ohne weiteres folgt, dass hier eine Vertretung im technischen Sinne gar nicht vorliegt, noch auch auf das Wissen und den Willen des Besitzherrn an. Selbst ein innerlich abweichender Wille des Besitzdieners kann dem Herrn nichts schaden. Es gilt in dieser Beziehung auch noch heute der Satz: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Für alle diese Erfordernisse, wie sie in der Theorie zum

teil aufgestellt werden, bietet unser Gesetz, das doch zunächst die Grundlage für jede Auslegung sein muss, keine Anhaltspunkte. Dabei bleibt jedoch immer zu unterscheiden, ob der Besitzdiener die Sache in dieser seiner Eigenschaft oder aber für sich selbst empfängt. *Windscheid-Kipp* a. a. O. S. 693 weist mit Recht darauf hin, dass um das erstere anzunehmen, nichts weiter zu verlangen sei, als dass nach dem Sinn, welcher der Abrede zwischen dem Übergebenden und dem Empfänger unter Berücksichtigung der Verkehrssitte beizumessen ist, die Sache unmittelbar in den Kreis derjenigen eintreten sollte, an welchen der Empfänger in der im § 855 bestimmten Weise für den Herrn die tatsächliche Gewalt ausübt. Es ist ferner nicht erforderlich, dass der Besitzdiener im Namen des Besitzherrn den Besitz ergreift, oder dass er als solcher nach aussen hin auftritt; denn eine Analogie mit § 164 Abs. 2 B.G.B. besteht nicht, da dieser Paragraph eine Vertretung im Willen zur Voraussetzung hat, der Wille aber beim Besitzerwerb keine Rolle spielt (vgl. *Biermann* a. a. O. S. 12). Auch eines Besitzerwerbswillen des Herrn bedarf es nicht, noch ist eine Anzeige des Besitzdieners von dem ergriffenen Besitz erforderlich. Es gilt hier der Satz adquiritur etiam ignoranti, der Herr wird Besitzer kraft der gesetzlichen Vorschrift und zwar durch den Besitzdiener. Und können wir den letzteren auch nicht als Vertreter bezeichnen, so werden wir doch zugeben müssen, dass in den Fällen des § 855 ein vertretungsähnliches Verhältnis besteht. Denn es ist nicht angängig, den Besitzdiener lediglich als Werkzeug des Besitzers für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache anzusehen oder ihm eine ähnliche Stellung wie dem Boten zuzuschreiben, wie schon ein Blick auf die Tatsache beweist, dass der Besitzherr Besitz erwerben bezw. verlieren kann, bevor er von der Handlungsweise des Besitzdieners Kenntnis hat. (Vgl. *Regelsberger* a. a. O. S. 396.) Andrerseits ist aber auch wieder vor einer ausdehnenden Interpretation, wie sie § 855 B. G. B. vielfach in der Literatur gefunden hat, zu warnen, da

wir es eben mit einer Ausnahmevorschrift zu tun haben; doch davon später in einem anderen Zusammenhang.

---

§ 5. Ist demnach durch die Bestimmung des § 855 B. G. B. die Möglichkeit gegeben, durch einen andern unmittelbar für uns Besitz zu erwerben, so fragt sich, ob, von diesen Verhältnissen abgesehen, eine Stellvertretung im Besitz im gemeinrechtlichen Sinn möglich ist. Nun kann zweifellos jemand durch einen andern auch nach den Bestimmungen des B. G. B. Besitz erwerben, ohne dass er die tatsächliche Gewalt über die Sache erhält, nur ist eben sein Besitz mittelbarer Besitz, und das letztere auch nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 868 B. G. B. gegeben sind.

> Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitzer).

Aus der Bestimmung des § 868 folgt ohne weiteres dass das Verhältnis zwischen unmittelbaren und mittelbaren Besitzer ein derartiges sein muss, dass nach Ablauf einer bestimmten Zeit der mittelbare Besitzer mindestens der Regel nach die tatsächliche Gewalt erlangt und dass ihm ferner ein Anspruch auf Herausgabe der Sache zusteht. Ob nun aber der wesentliche Inhalt des mittelbaren Besitzes in diesem obligatorischen Herausgabeanspruch besteht, m. a. W. ob der mittelbare Besitz lediglich eine Fiktion ist, die zusammenfällt, sobald der unmittelbare Besitz nicht mehr aufrecht besteht (*Bartels* a. a. O. S. 659) oder aber ob ihm ein wirkliches Besitzverhältnis zu Grunde liegt, darüber besteht in der Literatur lebhafter Streit. Man wird bei Lösung der Frage davon auszugehen haben, dass der

mittelbare Besitzer in der Regel die tatsächlichen Beziehungen zur Sache nicht völlig aufgegeben hat. Er ist nur in seinem Besitz durch die Person des unmittelbaren Besitzers beschränkt, er ist, wie *Kober-v. Staudinger* a. a. O. S. 36 sagt, ein Besitzer zweiten Grades im Verhältnisse zum unmittelbaren Besitzer; allein er übt immer noch eine Herrschaft über die Sache aus, deren Macht auf dem Rechtsverhältnis, das die beiden bezüglich der Sache verbindet, beruht. (*Leonhard* a. a. O. S. 71.) Auch *Strohal* a. a. O. S. 7 lehnt es ab, den mittelbaren Besitz lediglich als eine Fiktion anzusehen, er erblickt vielmehr in ihm ein notwendiges Ergebnis der Entwickelung, welche der Besitzbegriff im modernen Recht gefunden hat. Ähnlich *Leonhard* a. a. O. S. 70. Doch diese Frage interessiert hier nicht weiter.

Unbedingtes Erfordernis für die Besitzvermittelung ist demnach ein Verhältnis, vermöge dessen der Gewalthaber dem andern gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Hält man dies fest, so ergibt sich schon hieraus, dass der Wille allein nicht ausreicht, um mittelbaren Besitz zu schaffen. Schon deshalb ist eine Stellvertretung im Sinn der im gemeinen Recht herrschenden Lehre nicht möglich und kann auch von einer direkten Anwendung der §§ 164 ff. nicht die Rede sein, natürlich ganz abgesehen von dem Umstand, dass sowohl unmittelbarer als mittelbarer Besitzer wirkliche Besitzer im Sinne des Gesetzes sind. Lässt man letztere Tatsache ausser Betracht, so steht die von *Lenel* für das gemeine Recht vertretene Kausalitätstheorie der vom B. G. B. getroffenen Regelung am nächsten. *Lenel* a. a. O. S. 45 ff. erblickt in l 1 § 20 D 41, 2, dem Sitz der Willenstheorie, lediglich eine theoretische Konstruktion, welche den römischen Einzelentscheidungen gegenüber nicht ins Gewicht fallen könne. Entscheidend ist nach ihm die durch die causa der Besitzerwerbung objektiv bezeichnete typische Interessenlage.

Wir haben bisher stillschweigend angenommen, dass es ein Rechtsverhältnis gibt, wonach es möglich ist, durch einen Dritten sich mittelbaren Besitz zu verschaffen. Es gilt nun dieses Rechtsverhältnis festzustellen. Das Gesetz zählt zu solchen Verhältnissen, durch die mittelbarer Besitz geschaffen wird, den Niessbrauch, das Pfandrecht, die Pacht, die Miete und die Verwahrung. Dasselbe soll beim Besitz in einem ähnlichen Verhältnisse gelten, vermöge dessen der Besitzer einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Von dem speziell im § 868 genannten Verhältnisse passt keines auf den vorliegenden Fall; es muss demnach ein Ähnliches sein. Wir werden zunächst die verschiedenen Möglichkeiten, in denen der Vermittler tätig werden kann, ins Auge fassen müssen. Hier ergibt sich nun sofort eine Zweiteilung; einmal die Mittelsperson ist verpflichtet, eine Sache einem andern zu übergeben, das andere mal, er hat die Sache erst beim Dritten in Empfang zu nehmen. In beiden Fällen werden wir den Auftrag als das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ansehen und in beiden Fällen ist der Beauftragte zweifellos auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet. Es fragt sich nur, ob auch in beiden Fällen der Auftraggeber mittelbarer Besitzer ist. Während wir im ersten Fall sagen können, dass der Beauftragte eine dem Verwahrer ähnliche Stellung einnimmt, könnte es im zweiten Fall doch zweifelhaft sein, ob hier die Stellung des Beauftragten sich unter ein im Gesetz speziell genanntes ähnliches Rechtverhältnis subsumieren lässt, denn dies verlangt das Gesetz; deshalb fragt es sich, worin eigentlich das charakteristische dieser Verhältnisse zu suchen ist. Denn *Leonhard* a. a. O. S. 60 hebt mit Recht hervor, dass die in § 868 B. G. B. genannten Verhältnisse auch einander in anderer Richtung ähnlich sind, als gerade in der Berechtigung und Verpflichtung zum Besitze. Der Niessbraucher und Pfandgläubiger sind nämlich als dinglich Berechtigte allen Menschen gegenüber zum Besitze der Sache berechtigt. Und doch kann kein Zweifel sein, dass

nur der Eigentümer, der das Recht bestellt hat, als mittelbarer Besitzer neben ihnen steht. Mit *Biermann* a. a. O. S. 35 halte ich das von *Endemann* § 32 S. 126 als Charakteristikum dieser Ähnlichkeit aufgestellte Erfordernis, dass der mittelbare Besitzer dem vermittelnden die Sache gegeben hat, sie ihm anvertraut hat, für zu eng. Denn dann würde mittelbarer Besitz niemals originär erworben werden können, was, wie ein Blick auf das Pachtverhältnis beweist, unrichtig ist. Der Verpächter eines Gutes wäre nur mittelbarer Besitzer der Sachen, die bei der Aushändigung des Gutes vorhanden waren. Die neu angeschafften könnte er nicht einfordern, wenn sie verloren gingen und insbesondere auch nicht ersitzen. Der Pächter könnte sich auch nicht auf die Einreden aus dem Rechte des Verpächters berufen, wenn er vom Eigentümer verklagt würde (vgl. *Leonhard* a. a. O. S. 61). Das Reichsgericht hat in der aufgeworfenen Frage schon Stellung genommen. Es verlangt, dass durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis, ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei. (Entsch. Bd. 49, 173 vgl. auch Bd. 54, 398). Es verlangt m. a. W. das Reichsgericht, dass der unmittelbare Besitzer auf Grund eines konkreten Rechtsverhältnisses sein Recht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ableite und verneint deshalb die Möglichkeit des Entstehens des mittelbaren Besitzes auf Grund eines abstrakten constitutum possessorium. Man wird der Entscheidung des Reichsgerichts im allgemeinen die Zustimmung nicht versagen können, muss jedoch dabei folgendes beachten.

Das Ableiten vom unmittelbaren Besitzer kann und darf nicht dahin verstanden werden, als ob der mittelbare Besitzer notwendiger Weise vorher den Alleinbesitz der Sache gehabt haben müsse. Denn dass dies nicht als Voraussetzung des mittelbaren Besitzes angesehen werden

kann, ergibt sich vor allem aus der Bestimmung des § 870 B. G. B., wonach der mittelbare Besitz auf einen andern durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann, würde auch, wie oben beim Pachtverhältnis nachgewiesen, zu kaum haltbaren Konsequenzen führen. Der Herausgabeanspruch, der dem mittelbaren Besitzer zusteht, muss zur Lösung der Frage führen; es ist das vermögensrechtliche Interesse, das dem mittelbaren Besitzer zur Seite steht bezügl. der Sache. Die Beispiele des Gesetzbuches für den mittelbaren Besitz beziehen sich sämtlich auf Fälle, in denen die Sache dem unmittelbaren Besitzer nicht gehört. Nun haben wir oben anlässlich der Definition des Begriffes „des Besitzers" darauf hingewiesen dass der Besitz ein Stück des Vermögens darstellt. Der unmittelbare Besitzer hat nun ein solches Stück des Vermögens des mittelbaren Besitzes inne; erwirbt er, so erwirbt er auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers, sei es eben den Besitz selbst oder dass eine andere Vermögensverminderung für den mittelbaren Besitzer eintritt. Erst durch dieses Erfordernis, dass der Besitzmittler aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben hat, wird der Begriff klargestellt und erklärt sich auch der Herausgabeanspruch. Immer erwirbt der Mittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens und immer bringt daher der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer (vgl. hierzu *Leonhard* a. a. O. S. 61, *Kober-Staudinger* a. a. O. S. 34, *Greiff-Planck* a. a. O. S. 55).

Schliesst man sich dieser Ausführung an, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch im zweiten oben angegebenen Falle, wo der Beauftragte die Sache erst vom Dritten erwerben soll, der Auftraggeber mittelbarer Besitzer wird. Denn er erwirbt auf Kosten des Vermögens des Auftraggebers und besitzt auf Grund eines Rechtsverhältnisses, nämlich des Auftrags.

§ 6. Dasselbe, sollte man annehmen, muss nun auch beim gesetzlichen Vertreter gelten, sofern er nicht als Besitzdiener angesehen werden muss. Und doch sind in dieser Beziehung die Ansichten sehr geteilt.

Greiff-Planck glaubt a. a. O. S. 35, dass sich ein allgemeiner Grundsatz bezüglich der Frage, ob durch die Handlung eines gesetzlichen Vertreters dieser oder der Vertretene den unmittelbaren Besitz erwirbt, nicht aufstellen lässt, hält aber den Vorstand eines rechtsfähigen Vereins, den Inhaber der elterlichen Gewalt, den Vormund, der eine für den Verein, das Kind, den Mündel erworbene oder ihnen gehörende bewegliche Sache an sich nimmt, für den unmittelbaren Besitzer, während er dem Vertretenen nur Besitz nach § 868 zuschreibt. *Dernburg* III a. a. O. S. 49 Z. 6 kommt zu folgendem Ergebnis: Er hält den Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Sequester, Konkursverwalter für unmittelbare Besitzer, weil sie nicht, wie die Besitzdiener, den Weisungen derjenigen unterständen, deren Vermögen sie verwalten; der Mündel sei demnach nur mittelbarer Besitzer seiner Habe. Dagegen hält *Dernburg* die Vorstände einer Korporation, einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft oder den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wie auch die Liquidatoren solcher Gesellschaften für blosse Besitzgehilfen, da alle diese Personen nicht für sich besitzen und den Weisungen andrer Gesellschaftsorgane Folge zu geben haben. Gegen diese Ansicht *Dernburgs* polemisiert *Förtsch* a. a. O. S. 545 ff. Nach ihm ist weder der Vormund unmittelbarer Besitzer der Sachen des Mündels, der Mündel auch nicht mittelbarer Besitzer dieser Sachen, noch der Vorstand wie die Liquidatoren der genannten Gesellschaften Besitzdiener der juristischen Person, die gesetzlichen Vertreter betätigen vielmehr nach ihm den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sind. Allerdings müsse eine Einschränkung dahin gemacht werden, dass diese Sätze nur dann unbedingt zuträfen, wenn die Vertretenen selbst nicht fähig seien, tatsächliche

Gewalt über Sachen auszuüben, wie dies bei den juristischen Personen, Säuglingen, gänzlich Verrückten der Fall sei. Übe der Vertretene die tatsächliche Gewalt selbst aus, so sei der Vertreter an der Ausübung des Besitzes entweder gar nicht beteiligt oder er sei es in der Weise, dass er unmittelbarer Besitzer werde, z. B. wenn der minderjährige Student vor einer Reise seinem gesetzlichen Vertreter die Bücher in Verwahrung gebe. Aber auch für den Fall, dass der Vertretene, obwohl an sich dazu fähig, die tatsächliche Gewalt nicht selbst ausübe, müsse der obige Satz als richtig gelten. *Förtsch* glaubt deshalb, dass man annehmen müsse, neben § 855 B. G. B. stehe ungeschrieben noch folgender Satz: Wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretene Person die tatsächliche Gewalt ausüben, so ist nur die vertretene Person Besitzer. Gegen diese Annahme *Förtschs* wendet sich *Kober* a. a. O. S. 11. Nach ihm müsse man fürs Erste davon ausgehen, dass man mit dem nunmehrigen Systeme des Gesetzbuchs in dieser Hinsicht auszukommen trachten müsse, solange es irgend wie angehe, d. h. die Hereinziehung eines besonderen Rechtssatzes für die gesetzlichen Vertreter sei, soweit irgend möglich, zu vermeiden. Aus einer Betrachtung der hier möglichen Fälle ergebe sich, dass sich allgemeine Regeln nur mit grösster Einschränkung aufstellen lassen, vielmehr der Schwerpunkt auf der Gestaltung der Verhältnisse im Einzelfalle ruhe. *Kober* nimmt an, dass der Vormund und Pfleger bezüglich dessen, was er von dem Mündelgute zur Verwahrung und Verwaltung persönlich übernahm, regelmässig als unmittelbarer Besitzer angesehen werden müsse, der Mündel aber als mittelbarer. Ähnliches müsse von den gerichtlich bestellten Verwaltern gelten. Was die juristischen Personen anbelange, so spreche diesen die Verkehrsanschauung unbedingt Besitzfähigkeit zu. Ob nun ihre Vertreter als Besitzdiener oder unmittelbare Besitzer (während der Verein mittelbarer Besitzer bleibe) zu gelten hätten, hänge von den Einzelverhältnissen ab, z. B. von den Satzungen oder der

konkreten Sachlage überhaupt. Sei dem Vorstande z. B. eine rechtlich gesicherte und selbständige Vertretungsmacht verliehen und übe er sie auch wirklich bezgl. des Besitzes aus, so müsse er insoweit als unmittelbarer Besitzer gelten. In andern Fällen aber wieder mögen nach ihm die einzelnen Vertreter als blosse Besitzdiener erscheinen, die sich dem Willen des Gesamtorganismus unbedingt zu fügen hätten. Auch bei der elterlichen Gewalt seien die jeweils einschlägigen Verhältnisse von Belang. Das Kind könne sowohl Besitzdiener als auch Alleinbesitzer sein. Bei der Nutzniessung des Ehemanns am eingebrachten Gute werde dieser regelmässig unmittelbarer Besitzer sein, soweit er natürlich auf Grund des § 1373 hievon wirklich Besitz ergriffen habe; die Frau sei in diesem Fall mittelbare Besitzerin. Im Gegensatz hierzu hält *Cosack* a. a. O. S. 66 den Vormund, den Körperschaftsvorstand, den Konkursverwalter, den Sequester für blosse Besitzdiener, es sei denn, dass sie die Sachen des Mündels etc. in ihrer Privatwohnung verwahren. Der Ehemann ist nach ihm vermittelnder Besitzer, ebenso der Vater in Ansehung des unfreien Kindesvermögens. Die gleiche Ansicht, wie *Cosack* vertritt *Strohal* a. a. O. S. 15 ff., jedoch mit dem Unterschied, dass bei ihm der Sequester oder Verwaltungsbesitzer wirklicher Besitzer ist. Zur letzteren Gruppe rechnet er z. B. den nach Massgabe der §§ 1052, 1217 B. G. B. gerichtlich bestellten Verwalter, Verwahrer, Testamentsvollstrecker, soweit er Nachlasssachen nach § 2205 in Besitz genommen hat, den Konkursverwalter rücksichtlich der zur Masse gehörenden und von ihm in Besitz und Verwaltung übernommenen Sachen. *Kniep* a. a. O. S. 51 ff. glaubt bei der juristischen Person unterscheiden zu müssen. So hält er die jeweiligen Mitglieder einer Studentenverbindung für die Besitzer ihres Hauses, während er bei der Aktiengesellschaft dem Vorstand Alleinbesitz zuschreibt, da der Vorstand der Aktiengesellschaft gegenüber kein blosser Zeitbesitzer, sondern ein Dauerbesitzer sei. Der Konkursverwalter ist nach ihm ebenfalls im

Allgemeinen Alleinbesitzer, während er beim gerichtlichen Sequester vermittelnden Besitz annimmt. Bei Vormund und Pfleger liegt nach ihm vermittelnder Besitz vor. a. a. O. S. 146 ff.

Es ist natürlich hier nicht möglich, die Ansichten aller derjenigen Autoren, die schon zu der Frage Stellung genommen haben zu berücksichtigen. Es sei zum Schlusse nur noch die von *Endemann* a. a. O. S. 123, *Leonhard* a. a. O. S. 62 und *Biermann* a. a. O. S 36 vertretene Ansicht dargetan, die übereinstimmend dahin geht, dass in allen den bezeichneten Fällen vermittelnder Besitz vorliege. Es sei ferner noch auf zwei Entscheidungen von Gerichtshöfen aufmerksam gemacht, die bereits zur Frage Stellung genommen haben. Das Kammergericht hat sich in Rspr. d. O. L. G. Bd. 5, S. 148 für die Korporationen der von *Förtsch* vertretenen Ansicht angeschlossen, während das Oberlandesgericht Celle in Rspr. Bd. 4 S. 148 beim Inhaber der elterlichen Gewalt vermittelnden Besitz annimmt.

Will man bei diesem Widerstreit der Meinungen zu einem Ziele gelangen, so darf man zunächst den Umstand nicht ausser Auge lassen, dass es sich beim Besitz des gesetzlichen Vertreters nicht lediglich um den Erwerb des Besitzes für den Vertretenen handelt — es ist dies nur eine Seite der Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters —, sondern dass es vor allem gilt, das Verhältnis des gesetzlichen Vertreters zum schon erworbenen Besitz festzustellen. Und hier ergibt sich sofort eine neue Schwierigkeit, wenn man in Betracht zieht, dass in sehr vielen Fällen nicht der Vertreter die Sache inne hat, sondern der Vertretene oder ein Dritter für den Vertretenen. M. a. W. in welches Verhältnis tritt der gesetzliche Vertreter zu den Sachen des Vertretenen beim Beginn der gesetzlichen Vertretung?

Wir werden im Laufe der Untersuchung der Frage zu dem Resultate gelangen, dass der gesetzliche Vertreter, sowohl beim Besitzerwerb als beim schon erworbenen Besitz, die Stellung eines vermittelnden Besitzers hat, dass es allerdings auch Fälle gibt, in denen der Vertretene

Alleinbesitzer ist. Wir werden diesen Nachweis zu führen suchen einerseits durch Widerlegung der entgegengesetzten Meinungen und andererseits durch ein näheres Eingehen auf die hauptsächlichsten Fälle der gesetzlichen Vertretung.

---

§ 7. Was zunächst die Ansicht von *Förtsch* anlangt, so macht ihr gegenüber *Kober* mit Recht geltend, dass man vor allem darnach trachten muss, mit den Bestimmungen unseres Gesetzbuches ohne Hereinziehung eines besonderen Rechtssatzes, soweit irgend möglich, auszukommen. Es fragt sich deshalb, ob hierfür eine Veranlassung vorliegt. *Förtsch* legt seiner Beweisführung den wohl richtigen, auch von uns angenommenen Satz zu Grunde, dass das Gesetz auch juristische Personen, Säuglinge, total Verrückte, überhaupt alle Personen, die unfähig sind, tatsächliche Gewalt über Sachen auszuüben, dennoch des Besitzes für fähig erachtet. *Förtsch* folgert sodann weiter und wohl mit Recht, dass diesen Willensunfähigen, wenn sie Besitzer sind, auch die Vor- und Nachteile des Besitzes zukommen müssen. Da nun aber der Besitz in Wirklichkeit nicht von diesen Personen ausgeübt werden könne, so glaubt *Förtsch* weiter, dass die sie hierin vertretenden Personen lediglich den Besitz der vertretenen Personen betätigen. Er rechtfertigt diese von ihm angenommene Fiktion dadurch, dass bei Annahme des Besitzes der gesetzlichen Vertreter diese den Besitzschutz und das Recht aus dem früheren Besitz im eigenen Namen geltend machen könnten, ihnen die Vermutung des Eigentums zur Seite stehen würde, sie ihren Besitz vererben und für Eigentumsklagen Dritter die richtigen Beklagten sein würden; Folgerungen, die es als unmöglich erscheinen lassen würden, dass der Gesetzgeber dies gewollt habe. Aus diesen Gründen könne auch nicht von einem vermittelnden Besitz gesprochen werden; denn wie jetzt fast allgemein angenommen werde, habe der mittelbare Besitz zwar einige Besonderheiten gegenüber

dem unmittelbaren, aber in der Hauptsache wäre die Stellung beider Besitzer die gleiche; beiden stehe die Besitzklage zu, bei beiden finde § 857 B. G. B. Anwendung, jeder von ihnen sei endlich gegenüber der Eigentums- und Besitzklagen Dritter der richtige Beklagte. Dem unmittelbaren Besitzer sei nur in § 76 C. P. O. ein Mittel gegeben, sich durch laudatio auctoris die Möglichkeit zu verschaffen, ohne Verantwortlichkeit gegen den Auchbesitzer den Ansprüchen des Klägers genügen oder wenigstens den Prozess führen zu können. Diese Gleichstellung des unmittelbaren und des mittelbaren Besitzers ergebe, dass es unmöglich sei, den gesetzlichen Vertreter als den unmittelbaren Besitzer anzusehen, da es unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein könne, den gesetzlichen Vertreter gegenüber Eigentumsklagen Dritter als den richtigen Beklagten hinzustellen und auf die laudatio auctoris zu beschränken. Dem gesetzlichen Vertreter müsse in einem solchen Falle notwendigerweise der Einwand der mangelnden Passivlegitimation zur Seite stehen. Sei es demnach ausgeschlossen, den gesetzlichen Vertreter als Besitzer der in seinen Händen befindlichen Sachen der vertretenen Person anzusehen, so könne es zunächst fraglich sein, ob er nicht unter § 855 B. G. B. falle. Denn in diesem Paragraphen gedenke der Gesetzgeber solcher Personen, die, obwohl sie die tatsächliche Gewalt inne haben, dennoch nicht als Besitzer anzusehen seien. Dies sei aber nicht anzunehmen, da bei den gesetzlichen Vertretern das Moment der Unselbständigkeit, das § 855 zur Voraussetzung habe, fehle. Deshalb sei seine Annahme, dass § 855 eine Lücke enthalte, gerechtfertigt.

Den Ausführungen *Förtschs* ist nun in soweit beizustimmen, als der gesetzliche Vertreter nicht als Besitzdiener angesehen werden kann. Denn, wie *Förtsch* mit Recht hervorhebt, fehlt beim gesetzlichen Vertreter gerade das charakteristische Merkmal des Besitzdieners, nämlich die Unselbständigkeit des Gewaltinhabers gegenüber dem Andern, für den er die Gewalt ausübt. Der gesetzliche

Vertreter ist gerade diejenige Person, welche an Stelle und im Interesse einer anderen physischen oder juristischen Person diejenigen Rechtshandlungen vornehmen soll und vornimmt, welche diese selbst vorzunehmen ausser stande ist. Dies schliesst aber schon an sich eine Abhängigkeit des gesetzlichen Vertreters von der vertretenen Person aus. Allerdings könnte man in dieser Beziehung Zweifel hegen bezgl. der gesetzl. Vertreter (der Organe) juristischer Personen. Denn sie sind vielfach, wie ein Blick auf die Aktiengesellschaft zeigt, von den Weisungen andrer Organe abhängig und wie wir gesehen haben, halten auch *Cosack* und andere sie für Besitzdiener. Doch mit Unrecht. Denn diese Gehorsamspflicht des Vorstands z. B. einer Aktiengesellschaft der Generalversammlung gegenüber, lässt den Vorstand der Aktiengesellschaft trotzdem nicht als Besitzdiener der letzteren erscheinen. Dafür genügt schon ein Hinweis auf die rechtlich gesicherte und selbständige Vertretungsmacht, die dem Vorstand, soweit er die Verwaltung zu führen hat, zukommt. Seine Stellung ist eine viel freiere als die des als vermittelnden Besitzers anerkannten Verwahrers (*Endemann* a. a. O. S. 123, *Biermann* a. a. O. S. 36). Aber auch abgesehen hiervon, wer sollte denn bei dieser Annahme Besitzherr sein? Die Generalversammlung sicher nicht; zu denken wäre nur an die Aktiengesellschaft selbst durch die Generalversammlung. Hierdurch aber würde eine doppelte Besitzdienerschaft entstehen. Hieran muss vor allem die bezeichnete Ansicht scheitern.

Doch die weiteren Folgerungen *Förtschs* sind abzulehnen. Ihnen steht zunächst ein Bedenken allgemeiner Natur entgegen. Nach anerkanntem Rechtsgrundsatz sind Ausnahmevorschriften — und um eine solche handelt es sich im § 855 B. G. B. — strikte zu interpretieren. In der Annahme *Förtschs* liegt aber eine Erweiterung resp. Ausdehnung des § 855 B. G. B. dem Sinne nach, die, wenn sie vom Gesetzgeber gewollt, auch zweifellos von ihm zum Ausdruck gebracht worden wäre. Der

Gesetzgeber aber wollte, der Verkehrsanschauung Rechnung tragend, die römisch-rechtlichen Detentionsverhältnisse möglichst beschränken; aus diesem Bestreben erklärt sich mit die Bestimmung des § 868 B. G. B. Erregt schon dieser Umstand Bedenken gegen die Auffassung *Förtschs*, so sind auch weiter die Gründe, die er zur Rechtfertigung seiner Annahme vorbringt, nicht stichhaltig.

Vor allem soll der Ansicht, dass vermittelnder Besitz bei der gesetzlichen Vertretung vorliege, § 76 C. P. O. entgegenstehen. *Kober* macht mit Recht gegen diesen Einwand geltend, dass z. B. der Vormund, der nicht als Vormund, sondern als Privatperson, so dass er die Partei ist, hinsichtlich der für den Mündel verwahrten Sachen belangt würde, sich wohl ohne Pflichtwidrigkeit auf jenen Paragraphen beziehen darf und den Prozess von sich als Privaten auf sich als Vormund d. h. auf den Mündel als Partei abwälzen darf. Das hat guten Sinn z. B. bezüglich der Rechtskraft, der Kosten etc. Das, was aber hier vom Vormund gesagt ist, trifft auch bei den übrigen gesetzlichen Vertretern zu. Regelmässig wird ohnehin der gesetzliche Vertreter stets als solcher belangt werden d. h. der Anspruch wird gegen die vertretene Person als Besitzerin gerichtet werden wollen.

Auch auf § 857 B. G. B. kann sich *Förtsch* nicht für seine Ansicht berufen. *Leonhard* hat bereits darauf hingewiesen, dass dieses Moment, wie aus dem Beispiel des unvererblichen Niessbrauchs erhelle, die Auffassung des vermittelnden Besitzes nicht ausschliesse. Ferner ist nicht einzusehen, welche Nachteile der vertretenen Person dadurch entstehen sollten, da der Besitzübergang den Erben des gesetzlichen Vertreters keine besonderen Rechte etwa zu Ungunsten der vertretenen Person verschaffen kann. (*Kober* a. a. O. S. 11.)

Förtsch sieht sich selbst zu einer Einschränkung seiner Annahme genötigt: sie soll nur dann unbedingt zutreffen, wenn die Vertretenen selbst nicht fähig sind, die tatsächliche Gewalt über Sachen auszuüben. Dem gegen-

über macht *Kniep* a. a. O. S. 50 geltend: ein Säugling, welcher in seinem eigenen Hause wohnt, ist Besitzer dieses Hauses, mag er einen Vormund haben oder mag er ohne Vormund sein. Ebenso verhält es sich nach *Kniep* bei den Geisteskranken, auch wenn sie gänzlich verrückt sind. Dies führt uns nun zu einem weiteren Grund, warum ein grosser Teil der Schriftsteller dem gesetzlichen Vertreter den Besitz absprechen.

Es ist offenbar, wie *Biermann* hervorhebt, der Umstand, dass die Sachen des Vertretenen — abgesehen von der Zwangsvertretung — regelmässig in dessen Wohnung, nicht in derjenigen des Vertreters sich befinden. Wie aber hieraus *Cosack* Bd. II S. 66 den Schluss ziehen will, dass, wenn dies der Fall, die gesetzlichen Vertreter lediglich Besitzdiener seien, ist nicht ersichtlich. Denn dieses Moment lässt sich doch höchstens dafür verwerten, wie *Kniep* es auch tut, dass den genannten Vertretern überhaupt keine tatsächliche Gewalt zusteht. Trifft aber dies zu, so können sie auch keine Besitzdiener sein; denn der Besitzdiener übt ja gerade für den Besitzherrn die tatsächliche Gewalt aus. In diesem Falle könnte nur Alleinbesitz des Vertretenen angenommen werden. Und zweifellos können die tatsächlichen Verhältnisse so gelagert sein, wie auch *Leonhard* und *Biermann* annehmen, dass der Vertretene selbst die unmittelbare Gewalt, demnach Alleinbesitz haben kann, der Vertreter weder Besitzdiener noch auch vermittelnder Besitzer zu sein braucht. *Leonhard* führt als Beispiel den minderjährigen Student an, der in der Universitätsstadt seine Wohnung hat und darin Bücher, Kleider u. s. w. besitzt. Wir werden mit *Leonhard* den Student als den Alleinbesitzer der Bücher und Kleider ansehen, während wir im Gegensatz zu *Kniep* den Säugling oder den Geisteskranken, der in seinem eigenen Hause wohnt, nicht als Alleinbesitzer dieses Hauses betrachten. Worin liegt nun das Unterscheidende? Man muss dabei in Betracht ziehen, dass in dem von *Leonhard* angeführten Beispiel der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen die

Gegenstände zur freien Verfügung überlassen hat, also von dem ihm zustehenden Verwaltungsrecht keinen Gebrauch macht, während bei dem von *Kniep* genannten Falle hiervon keine Rede sein kann. Hier besitzt eben der gesetzliche Vertreter auf Grund dieses seines Verwaltungsrechts, auch wenn er nicht im buchstäblichen Sinn die tatsächliche Gewalt ausübt. Denn wie wir oben schon darauf hingewiesen haben, ist nichts verkehrter, als das Erfordernis der tatsächlichen Gewalt wörtlich zu nehmen. Sonach liegt m. E. mit *Biermann* das Entscheidende darin, dass wir nur dann von einem Alleinbesitz des Vertretenen sprechen können, wenn ihm die Sachen zum Gebrauch, zur Benützung oder zur Veräusserung überlassen sind.

Hieran schliesst sich nun die Frage an, ob der gesetzliche Vertreter bei Eintritt der gesetzlichen Vertretung sofort unmittelbarer Besitzer wird, ohne dass er vorher den Besitz ergreifen muss. Wir werden diese Frage verneinen müssen, da für diese Annahme die gesetzliche Unterlage fehlt und bei verschiedenen gesetzlichen Vertretern vom Gesetzgeber nur das Recht oder die Pflicht, die Sachen in Besitz zu nehmen, ausgesprochen ist (§ 1373 B. G. B. § 117 K. O.).

Doch wir sind bis jetzt noch den Beweis dafür schuldig geblieben, dass die gesetzliche Vertretung zu den „ähnlichen" Verhältnissen gehört, von denen § 868 B. G. B. spricht. Wir haben oben schon darauf hingewiesen, dass die in § 868 bezeichneten Verhältnisse sich ausser der Berechtigung und Verpflichtung zum Besitz noch vor allem darin gleichen, dass der Besitzmittler seinen Besitz aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers herleiten muss. Dies letztere Erfordernis ist hier zweifellos gegeben. Trotzdem aber könnte man Bedenken tragen, die gesetzliche Vertretung zu den ähnlichen Verhältnissen zu rechnen. Denn in den vom Gesetz speziell genannten Verhältnissen ist es in der Regel der übereinstimmende Wille des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers, der auf die Begründung

des betreffenden Verhältnisses gerichtet ist; während bei der gesetzlichen Vertretung der Wille der vertretenen Person vollständig ausscheidet. Nun ist aber hierbei zu beachten, wie *Ullmann* a. a. O. S. 313 ff. mit Recht hervorhebt, dass von einer Ähnlichkeit mit den im Gesetz hervorgehobenen Fällen dann nicht mehr gesprochen werden kann, wenn man ausschliesslich die rechtsgeschäftliche Begründung eines Schuldverhältnisses für erforderlich erachtet. Denn das ist mehr als blosse Ähnlichkeit, während das Gesetz sich mit dem Erfordernis nur der Ähnlichkeit begnügt. Zu den ähnlichen Verhältnissen müssen vielmehr nach *Ullmann* auch diejenigen Schuldverhältnisse gerechnet werden, bei welchen zwar nicht die Begründung durch den Willen der beiden in Betracht kommenden Personen stattfindet, bei denen aber die Überlassung auf Grund eines Aktes der Staatsgewalt erfolgt, welcher dieselben oder ähnliche Rechtswirkungen erzeugt, wie sie bei rechtsgeschäftlicher Begründung eines Schuldverhältnisses erzeugt werden, eines Aktes der Staatsgewalt, welcher den Willen des Überlassenden ersetzt. *Ullmann* rechnet hierher die Fälle des § 1052 B. G. B, den Nachlasspfleger und den Nachlassverwalter, wie den Testamentsvollstrecker, glaubt aber mit *Förtsch*, dass die gesetzlichen Vertreter nicht in einem ähnlichen Verhältnis, wie es § 868 verlange, den Besitz ausüben. Denn der Grund der Überlassung der tatsächlichen Gewalt von dem bisherigen Besitzer an den neuen müsse, wenn auch nicht immer ein Rechtsgeschäft, so doch ein Akt rechtsgeschäftlichen Charakters sein. Deshalb werde mittelbarer Besitz nicht begründet, wenn es sich um ein unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhendes, nur durch Gesetz begründetes Schuldverhältnis handle.

Wir halten die hier von *Ullmann* vertretene Ansicht mit *Örtmann* a. a. O. S. 222 ff für zu eng. *Örtmann* hebt mit Recht hervor, dass das „ähnliche" Verhältnis, wie es § 868 verlange, zwar in der Regel auf Rechtsgeschäft beruhen wird, dass aber, wenn das Gesetz sich entschliesst,

an gewisse Tatbestände ohne weiteres eine derartige zeitliche Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz anzuknüpfen, uns der Wortlaut des § 868 geradezu zwingt, auch da überall einen unmittelbaren Besitz anzunehmen, wo eine „Ähnlichkeit" des Verhältnisses mit den in dem Paragraphen angegebenen rechtsgeschäftlichen vorhanden ist. Das lässt sich mit *Örtmann* um so sicherer behaupten, als die dort aufgeführten Fälle zwar in der Regel, aber keineswegs immer eine rechtsgeschäftliche Entstehung aufweisen; *Örtmann* verweist hier auf den Besitz des Vermieters, der sich in Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts gemäss § 561 in den Besitz der eingebrachten Sachen des Mieters gesetzt hat.

---

§ 8. Wir wollen nunmehr versuchen, diesen Nachweis bei den hauptsächlichsten gesetzlichen Vertretern zu führen.

Der Vormund, wie der ihm in rechtlicher Beurteilung nahestehende Pfleger erlangen das ihnen zustehende Verwaltungsrecht auf Grund der Bestallungsurkunde, mithin auf Grund eines Aktes der Staatsgewalt. Gemäss § 1793 B. G. B. hat der Vormund die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen. Es ist ein dem Auftrag entsprechendes Verhältnis, das hier zwischen Vormund und Mündel vorliegt und das ihn berechtigt und verpflichtet, die Sachen für den Pflegebefohlenen an sich zu nehmen. Dass seine Stellung die eines Zeitbesitzers, nicht die eines Dauerbesitzers ist, bedarf keines Nachweises. Ihn als Besitzdiener des Mündels anzusehen, ist nicht angängig; denn nicht der Wille des Mündels ist der entscheidende, sondern der des Vormundes. Die Auffassung des Vormundes als vermittelnden Besitzers kann auch nicht dadurch alteriert werden, dass gem. § 1837 B. G. B. dem Vormundschaftsgericht ein Aufsichtsrecht über die Tätigkeit des Vormundes zusteht. Dadurch kann sein Verhältnis zu den Sachen des Mündels nicht zum Besitzdienstverhältnis herabgedrückt

werden, weil nach § 855 B. G. B. derselbe, der sonst Besitzer sein würde, auch befehlsberechtigt sein muss. Dass § 76 C. P. O., wie § 857 B. G. B. dieser Auffassung nicht entgegenstehen, ist bereits hervorgehoben. Für die Richtigkeit der vertretenen Ansicht spricht auch vor allem § 1835, wie auch die Bestimmungen der §§ 1824, 1805. Nach ersterer Vorschrift steht dem Vormund für die Aufwendungen, die er bei Führung der Vormundschaft macht, ein Ersatzanspruch in Gemässheit der §§ 669, 670 B. G. B. zu. Würde man nun den Vormund als Besitzdiener betrachten, so könnte von einem Zurückbehaltungsrecht wegen der von ihm gemachten Aufwendungen nicht die Rede sein; die Bestimmung des § 1835 wäre sonach bei dieser Auffassung zum Teil zwecklos. Sie gewinnt nur bei der Auffassung des Vormundes als Besitzer Sinn und Inhalt. Dasselbe gilt von der Bestimmung des § 1824, wonach der Vormund dem Mündel Gegenstände zur freien Verfügung überlassen kann. Denn wäre der Vormund Besitzdiener, so könnte von einem Überlassen an den Besitzherrn wohl nicht die Rede sein. Wenn dann ferner § 1805 bestimmt, dass der Vormund Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden darf, so hat diese Vorschrift doch nur dann Sinn, wenn man den Vormund als Besitzer ansieht. Denn bei gegenteiliger Auffassung wäre diese Vorschrift zweifellos überflüssig. (Vgl. hierzu *Leonhard* a. a. O. S. 62.)

Es ist ferner hierher anschliessend noch auf einen Fall aufmerksam zu machen, den *Biermann* a. a. O. S. 36 anführt, d. h. die Frage, wie es mit dem Besitz des Vormundes besteht, wenn er auf den Namen des Mündels Sachen hinterlegt. *Biermann* entscheidet in diesem Fall m. E. mit Recht dahin, dass hier angenommen werden müsse, dass der Mündel direkten mittelbaren Besitz erwirbt, nicht einen erst durch den Vormund vermittelten. Denn durch diese Hinterlegung bei einem Dritten auf den Namen des Mündels hat sich der Vormund der ihm kraft seiner Bestellung zustehenden Macht über die Sache begeben.

An seine Stelle ist in gewissem Sinne der Verwahrer getreten, demgegenüber nicht der Vormund, sondern der Mündel als Hinterleger erscheint.

Nach Beendigung der Vormundschaft ist der Mündel als mittelbarer Besitzer durch § 869 B. G. B. gesichert.

Was sodann den Vater als gesetzlichen Vertreter seiner minderjährigen Kinder anlangt, so muss auch ihm vermittelnder Besitz zugesprochen werden. Gemäss § 1649 ff. B. G. B. steht dem Vater kraft der elterlichen Gewalt die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes mit Ausnahme des sog. freien Vermögens zu. Sein Verhältnis zum Vermögen des Kindes beruht demnach unmittelbar auf dem Gesetz. Seine Stellung aber ist, wie wohl kaum zu bezweifeln, der des Niessbrauchers durchaus ähnlich, wie sich vor allem aus der Vorschrift des § 1652 ergibt, wonach der Vater die Nutzungen des seiner Nutzniessung unterliegenden Vermögens in derselben Weise und in demselben Umfang wie ein Niessbraucher erwirbt. Hiermit scheint allerdings die Bestimmung des § 746 C. P. O. nicht recht vereinbar. Denn folgerichtig müsste man erwarten, dass, wenn die Stellung des Vaters der des Niessbrauchers ähnlich ist, auch gemäss § 737 C. P. O. eine Verurteilung des Vaters zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich wäre. Nun bestimmt aber gerade § 746 C. P. O., dass ein gegen das Kind ergangenes Urteil zur Zwangsvollstreckung in das der elterlichen Nutzniessung unterliegende Vermögen des Kindes genügend ist und diese Bestimmung findet ihren Grund in § 1659 B. G. B., wonach die Gläubiger des Kindes ohne jede Ausnahme die Befriedigung aus dem Kindesvermögen ohne Rücksicht auf die elterliche Nutzniessung verlangen können. Daraus folgt aber ohne weiteres nur, dass als Besitzgrund nicht die Nutzniessung angesehen werden kann; denn wäre dies der Fall, so wäre eine solche Regelung nicht denkbar. Nun steht aber dem Vater neben diesem Nutzniessungsrecht kraft seiner elterlichen Gewalt ein Verwaltungsrecht zur Seite, vermöge dessen der Vater nicht nur berechtigt, sondern auch ver-

pflichtet ist, die zum Vermögen des Kindes gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Und dieses aus der elterlichen Gewalt abzuleitende Verwaltungsrecht werden wir als den Grund des Besitzes ansehen müssen. Diese Folgerungen ergeben sich einmal aus § 1627, sodann aber aus § 1656 B. G. B., wonach beim Fehlen des Verwaltungsrechts der Vater die Nutzniessung nicht verliert, aber sie nicht ausüben, sondern nur die Herausgabe der Nutzungen von dem gesetzlichen Vertreter verlangen kann. Wir werden demnach sagen, der Vater besitzt auf Grund des aus der elterlichen Gewalt abzuleitenden Verwaltungsrechts und die aus diesem Besitzverhältnis fliessenden Wirkungen verschaffen ihm eine dem Niessbraucher ähnliche Stellung. Schon damit ist gesagt, dass, wenn dem Vater nicht die Verwaltung zusteht, sondern lediglich der Anspruch auf die Herausgabe der Nutzung, er nicht als vermittelnder Besitzer angesehen werden kann.

Fraglich könnte sein, wie die Stellung des Vaters zum freien Vermögen des Kindes zu beurteilen ist. Gemäss § 1638 B. G. B. steht dem Vater auch hier die Verwaltung zu, soweit sie nicht durch eben diesen Paragraphen ausgeschlossen ist. Wir werden auch hier dem Vater als Geschäftsführer, soweit er dieser seiner Pflicht nachkommt, Besitz zuschreiben. (Vgl. hierzu *Planck*, Deutsche Juristen-Zeitung 5, S. 80 u. 246, sowie *Falkmann* ebenda S. 177.)

Dass der Ehemann vermittelnden Besitz an dem Frauengut hat, versucht neuerdings *Örtmann* a. a. O. S. 221 ff. nachzuweisen. Seine Argumentation wendet sich zunächst gegen die Annahme *Endemanns*, der aus der familienrechtlichen Stellung des Ehemanns den Schluss ziehen will, dass der Ehemann nicht in einem rechtsgeschäftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu der Frau besitze, wonach er die Frau als Oberbesitzer anerkennen müsste. Denn diese Regelung würde nach *Endemann* eine Quelle unliebsamer Konflikte bilden (a. a. O. S. 731 Anm. 12). Hiergegen macht nun *Örtmann* mit Recht geltend, dass man mit demselben Rechte die Notwendigkeit deduzieren könnte, der

Frau neben dem Besitz auch das Eigentum am Eingebrachten in maiorem mariti gloriam für die Dauer der Ehe zu entziehen. Wenn ferner *Endemann* ein den mittelbaren Besitz rechtfertigendes rechtsgeschäftliches Abhängigkeitsverhältnis des Mannes gegenüber der Frau vermisst, so weist *Örtmann* mit Recht darauf hin, dass das Nutzungsrecht des Ehemanns, zwecks dessen Ausübung das ehemännliche Besitzrecht zwar nicht allein, aber sicherlich zum grossen Teil geschaffen ist, mit dem in § 868 an erster Stelle aufgeführten Niessbrauch so grosse Ähnlichkeit zeigt dass es früher vielfach — als ususfructus maritalis — mit ihm geradezu identifiziert wurde, wie ja auch der erste Entwurf in § 1292 die Vorschriften über den Niessbrauch darauf ohne weiteres für anwendbar erklärte, „so weit nicht aus dem Gesetz ein anderes sich ergibt". Daraus, dass unser Gesetzbuch eine ähnliche Bestimmung nicht mehr enthält, kann nun nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass es die Analogie hat beseitigen wollen. Es spricht für sie, abgesehen von der fast durchgängig gleichen Regelung der Gewinnung der Nutzungen und der Tragung der Lasten §§ 1383 ff. B.G. B. auch vor allem § 739 C. P. O., wonach, wie beim Niessbrauch, eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau nur zulässig ist, wenn die Ehefrau zu der Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist. Man wird deshalb annehmen müssen, dass sich das Besitzrecht des Ehemanns aus § 1373 B. G. B. auf den unmittelbaren Besitz beschränkt.

Was nun die Stellung des Konkursverwalters anlangt, so ergibt sich aus § 117 K. O., dass der Verwalter nach Eröffnung des Verfahrens das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen hat. Auf Grund dieser gesetzlichen Vorschrift kann wohl kaum bestritten werden, dass dem Verwalter vor allen Dingen Besitz zukommt, dass er mithin nicht als Besitzdiener, sei es der Gläubigerschaft, sei es des Gemeinschuldners, angesehen werden kann. Wenn man hiergegen

einwendet, dass der Konkursverwalter, wie sich aus den §§ 132, 134, 162 K. O. ergebe, den Weisungen der Gläubigerversammlung Folge zu leisten habe, ferner dem Gläubigerausschuss nach §§ 88, 86 K. O. eine überwachende Tätigkeit dem Konkursverwalter gegenüber zustehe, so können diese Momente an der Tatsache, dass der Konkursverwalter wirklicher Besitzer und nicht lediglich Besitzdiener ist, nichts ändern. Denn seine Stellung ist eine viel zu selbständige und bei weitem selbständigere als die des Verwahrers, dem doch das Gesetz in § 868 unmittelbaren Besitz zuschreibt. Den Besitz erwirbt nun der Verwalter nicht kraft Gesetzes, wie der Wortlaut des § 117 K. O. deutlich ergibt, sondern er muss sich in den Besitz zuerst setzen, d. h. er muss die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangen.

Eigenbesitzer aber wird der Verwalter zweifellos nicht, denn hierzu fehlt ihm der Wille, sofern er nicht unredlich handelt, die Sachen als ihm gehörend zu besitzen. Nun wäre es aber zweifellos unrichtig zu folgern, weil der Konkursverwalter nicht Eigenbesitzer ist, kann er auch nicht Alleinbesitzer sein. Denn sind auch jene Fälle nicht häufig, in denen der Alleinbesitzer nicht jenen in § 872 bezeichneten Willen hat, so ergibt sich doch gerade aus dieser Möglichkeit die Unrichtigkeit des Satzes, dass der Alleinbesitzer immer Eigenbesitzer sein müsse. Deshalb ist auch hier, wie bei den übrigen Fällen der gesetzlichen Vertretung zur Rechtfertigung der Annahme, dass dem Konkursverwalter nur unmittelbarer Besitz zukomme, der Beweis zu führen, dass er in einem in § 868 bezeichneten ähnlichen Verhältnis besitzt. Dabei ist zunächst die Frage zu erörtern, ob der Verwalter überhaupt Vertreter ist und dann bejahenden Falls, wen er vertritt.

Es kann jedoch nicht als eine im Rahmen dieser Arbeit liegende Aufgabe angesehen werden, auf diese in der Literatur äusserst bestrittene Frage hier näher einzugehen. Wir erblicken mit *Jaeger* a. a. O. S. 61 ff. in dem Konkursverwalter, so weit es sich um Verwaltung der Masse und Verfügung über dieselbe handelt, einen gesetzlichen

Vertreter des Gemeinschuldners. *Jaeger* geht davon aus, dass der Konkursverwalter in fremden Interesse fremde Rechte und Verbindlichkeiten ausübt, dass die vom Verwalter innerhalb seiner Machtbefugnisse abgegebenen Willenserklärungen nicht sein Vermögen, sondern unmittelbar ein anderes Vermögen treffen und dass wir einen solchen Rechtsvorgang eben Stellvertretung nennen. Mit Recht weist *Jaeger* ferner darauf hin, dass auch bei der vom Reichsgericht E. B. 29, 29 vertretenen Ansicht, wonach der Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung der Zwecke des Konkurses ist, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar dem Gesetz entnimmt, die Annahme eines Vertretungsverhältnisses keineswegs ausgeschlossen werde. Denn in der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht kommt nach *Jaeger* nur zum Ausdruck, dass die Vertretungsmacht des Verwalters keine Vollmacht im Sinne des §§ 166 B. G. B. ist d. h. nicht durch Rechtsgeschäft erteilt, sondern im Gesetz begründet ist: der Verwalter ist gesetzlicher Vertreter. Der öffentlich rechtliche Begriff des Amtes schliesst aber ein privatrechtliches Vertragsverhältnis nicht aus; *Jaeger* verweist auf die Stellung des Vormunds. Der Konkursverwalter bekleidet aber, wie *Jaeger* mit Recht annimmt kein öffentliches Amt i. S. der §§ 33, 34 Z. 3 St. G. B., wenn auch zugegeben werden mag, dass die dem Verwalter vom Gesetz übertragenen Funktionen seiner Stellung einen amtlichen Charakter verleihen. Seine Stellung ist die eines Privatbeamten und muss in rechtlicher Beziehung vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen der Konkursordnung nach Analogie des Dienstvertrags beurteilt werden (vgl. bes. *Jaeger*, Deutsche Juristen-Zeitung Bd. 5, S. 247).

Fasst man den Konkursverwalter als Vertreter auf, so fragt es sich, wen er vertritt. Und auch hier sind die Ansichten sehr geteilt.

Die immer noch herrschende Meinung fasst den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeindeschuldners

auf. Dagegen spricht allerdings, dass er Handlungen des letzteren anfechten und ihn zum Offenbarungseid zwingen kann. Andere halten den Konkursverwalter für den Vertreter der als Gesamtheit gedachten Gläubiger oder der als eine juristische Person gedachten Konkursmasse. Dem widerspricht, dass die Konkursordnung nirgends von einem durch die Konkurseröffnung veranlassten Entstehen einer besonderen juristischen Person, insbesondere von der Konkursmasse nicht als einem Vermögenssubjekt, sondern einem Vermögensobjekt redet. Subjekt der in der Masse vereinigten Vermögensrechte ist der Gemeinschuldner. Gegen die Auffassung des Konkursverwalters als Vertreter der Gläubiger spricht vor allem, dass kein allgemeines Pfandrecht der Gläubiger am Vermögen des Gemeinschuldners mit der Konkurseröffnung entsteht. Nach all' dem ist es wohl am empfehlenswertesten den Konkursverwalter im allgemeinen als Vertreter des Gemeinschuldners, hinsichtlich der Anfechtungsprozesse jedoch als Vertreter der Gläubiger anzusehen. (Vgl. hierzu *Jaeger* a. a. O.)

Erblicken wir aber in dem Konkursverwalter den gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners, so muss auch letzterem, nicht den Gläubigern mittelbarer Besitz an der Masse zugesprochen werden. Eine gegenteilige Ansicht könnte nur dann als richtig anerkannt werden, wenn durch die Konkurseröffnung eine Veränderung in den Ansprüchen der Gläubiger eintreten würde. Auch diese Frage ist äusserst bestritten. Die herrschende, auch von *Jaeger* vertretene Ansicht geht dahin, dass durch die Konkurseröffnung eine Veränderung in den Ansprüchen der Gläubiger überhaupt nicht eintrete; der für sie entstehende Konkursanspruch gewähre ihnen kein neues Recht, sondern verändere nur die Geltendmachung ihrer Rechte insbesondere darin, dass zur Erfüllung des Konkurszweckes dem Gemeinschuldner die Verfügung über die Konkursmasse entzogen und dem Konkursverwalter übertragen sei, Wirkungen, die unter der Bezeichnung Konkursbeschlag zusammengefasst werden. Und ihr ist

beizustimmen, denn von einer Universalsuccession der Gläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners kann infolge der Bestimmung des § 6 K O., wonach der Gemeinschuldner Eigentümer der Masse bleibt, nicht die Rede sein. Ebensowenig entsteht durch die Konkurseröffnung ein allgemeines Pfandrecht der Gläubiger am Vermögen des Gemeinschuldners; denn für diese an die missio in possessionem anknüpfende Lehre findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Aber wollte man selbst mit *Seuffert* a. a. O. S. 151 die letztere Ansicht für richtig ansehen, so wäre es wohl nicht zu bestreiten, dass auch in diesem Falle der Gemeinschuldner als mittelbarer Besitzer angesehen werden müsste. Denn dann hätten wir das zweite im § 868 B. G. B. genannte Verhältnis von Pfandgläubiger zu Pfandschuldner, und es könnte sich nur fragen, ob nicht daneben auch noch den Gläubigern mittelbarer Besitz zugesprochen werden müsste. Doch dies müsste zweifellos verneint werden; denn als mittelbare Besitzer müssten die Gläubiger nach § 869 B. G. B. Klage erheben können, wenn der Masse Besitz entzogen wäre, wovon keine Rede sein kann. A. A. allerdings *Seuffert* a. a. O. S. 283. Worin äussert sich nun der Konkursbeschlag? Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 8. II. 98 J. W. S. 192 sich dahin ausgelassen, dass die Konkurseröffnung insofern die Wirkungen einer Beschlagnahme hat, als der Gemeinschuldner durch sie die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen verliert und dieses Verwaltungs- und Verfügungsrecht von da an durch den Konkursverwalter ausgeübt wird. Das hierdurch geschaffene Verhältnis aber zeigt, wie die Beschlagnahme- und Pfandrechtstheorie beweist, eine solche Ähnlichkeit mit dem an zweiter Stelle in § 868 genannten Pfandrechtsverhältnis, dass es vielfach für ein solches gehalten wird. Dass dem Gemeinschuldner gegenüber der Konkursverwalter nur auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, bedarf keines Nachweises, ebenso wenig dass der Konkursverwalter nicht Besitz-

diener des Gemeinschuldners ist; denn er übt die tatsächliche Gewalt unabhängig von dem Willen des Gemeinschuldners aus. Wir werden demnach sagen: Der Konkursverwalter besitzt auf Grund des ihm durch die Bestimmung des § 117 K. O. zukommenden Verwaltungsrechts in einem ähnlichen Verhältnis wie der Pfandgläubiger. Die ihm kraft seines Verwaltungsrechts zukommende Stellung, nach der er im allgemeinen gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners ist, beurteilt sich in rechtlicher Beziehung nach Analogie des Dienstvertrags. Alle diese Momente aber rechtfertigen die Annahme, dass sich das Besitzrecht des Konkursverwalters auf den unmittelbaren Besitz beschränkt und dass dem Gemeinschuldner mittelbarer Besitz zukommt.

Aber diese Annahme ruft wiederum die verschiedensten Zweifelsfragen hervor (vgl. hierzu vor allem *Jaeger* a. a. O. § 117 Anm. 5 und 6, *Strohal*, Der Sachbesitz nach dem B. G. B. S. 98/99, *Binder* a. a. O. S. 54 ff.).

Zwar ist man darüber einig, dass dem Verwalter selbst die Besitzschutzmittel gemäss den §§ 859 ff. 1007 B. G. B., nicht blos deren Ausübung zustehen, glaubt aber bezüglich der Vererbung des Besitzes und der Besitzschutzmittel unterscheiden zu müssen. Der Besitz, wie die Besitzschutzmittel sollen auf die Erben des Konkursverwalters nur insoweit übergehen, als der Verwalter die tatsächliche Gewalt an den Sachen ausgeübt hat, dagegen soll dies nicht zutreffen, wenn einerseits der Konkursverwalter bei seinem Tode den Besitz durch Besitzdiener hat ausüben lassen und anderseits, wenn dem Verwalter lediglich ein Herausgabeanspruch nach § 870 B. G. B. zusteht. Doch die hier gemachten Ausnahmen sind nicht gerechtfertigt.

Was zunächst den zweiten Fall anlangt, so soll derselbe hauptsächlich dann vorliegen, wenn der Konkursverwalter in dieser seiner Eigenschaft für Rechnung der Konkursmasse Sachen hinterlegt (*Strohal* a. a. O.). Ohne weiteres ist nun so viel klar, dass durch die Hinterlegung

der mittelbare Besitz des Gemeinschuldners nicht alteriert wird; es fragt sich nur, ob der Konkursverwalter ebenfalls mittelbarer Besitzer der hinterlegten Sachen wird oder ob er aus dem Besitzverhältnis ausscheidet. Bei der Lösung dieser Streitfrage ist vor allem zu beachten, dass, wie schon oben hervorgehoben, der Besitz des Konkursverwalters nicht an sein Amt, sondern an seine Person geknüpft ist. Hinterlegt nun der Verwalter, so gibt er seinen Besitz auf. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird sofort klar, wenn man, wie dies *Jaeger* tut, der Frage näher tritt, wem die actio depositi zusteht. Würde der Konkursverwalter mittelbarer Besitzer werden, dann wäre die notwendige Folge die, dass ihm, abgesehen von seiner Eigenschaft als Konkursverwalter, eine actio depositi zustehen müsste. Dies ist aber nicht der Fall. Denn als berechtigtes Subjekt erscheint dem Verwahrer gegenüber nicht der Konkursverwalter, sondern die Masse. Denn nicht der Konkursverwalter als Privatmann hinterlegt, sondern die Masse. Ihr allein steht auch deshalb der Herausgabeanspruch zu. Will der Konkursverwalter klagen, so kann er dies, aber nur deshalb, weil „ihm in seiner Eigenschaft als Verwalter die Ausübung der zur Masse gehörenden actio depositi zusteht.“ *(Jaeger)*. Deshalb liegt in diesem Falle eine wirkliche Ausnahme überhaupt nicht vor. Denn der Konkursverwalter hatte bei seinem Tode nicht den Besitz und konnte ihn infolgedessen auch nicht vererben.

Was nun die weiter konstruierte Ausnahme bezüglich der Besitzdiener anlangt, so müssen hier vor allem die konkreten Verhältnisse Berücksichtigung finden. Im Allgemeinen wird man auch bei diesen Fällen davon auszugehen haben, dass die Erben des Konkursverwalters Besitzer werden; denn es ist kein Grund ersichtlich, der diese Ausnahme rechtfertigen könnte. *Strohal* führt für seine gegenteilige Ansicht folgendes Beispiel an: „Die N'sche Konkursverwaltung führt einen Fabrikbetrieb des Gemeinschuldners fort. Ist hierbei anzunehmen, dass die

bei der Fabrik angestellten Beamten und Arbeiter die tatsächliche Gewalt (im Sinn des § 855) über die Fabrikgebäude und über die zum Fabriksbereich gehörenden beweglichen Sachen für die Person des Konkursverwalters A oder für die N'sche Konkursverwaltung als solche ausüben?" *Strohal* entscheidet sodann in letzterem Sinne. Das Bedenkliche der *Strohal*schen Entscheidung ergibt sich sofort, wenn man die Frage prüft, wer alsdann überhaupt unmittelbarer Besitzer der Sachen bis zur Bestellung eines neuen Konkursverwalters sein soll. Hier können nur die Erben des Konkursverwalters in Betracht kommen und sind die tatsächlichen Verhältnisse so gelagert, dass für die Erben von vornherein die Nichterlangung der tatsächlichen Gewalt feststeht, so werden wir eben von einem Besitzverlust der Erben sprechen müssen. Wir werden deshalb *Jaeger* beistimmen, wenn er sagt: „Der Erbe erwirbt zwar (in diesen Fällen) den Besitz nach § 857, büsst ihn aber alsbald wieder ein, insofern und nur insofern das nach Lage des Falles von vornherein feststehende Nichterlangen der tatsächlichen Gewalt ein Verlieren im Sinne des § 856 I B. G. B. bedeutet".

Daraus, dass dem Gemeinschuldner als Subjekt der Konkursmasse auch nach Inbesitznahme derselben seitens des Konkursverwalters mittelbarer Eigenbesitz verbleibt, muss angenommen werden, dass alle diejenigen Momente, die bei der Ersitzung der in der Masse befindlichen Sachen in Betracht kommen, sich lediglich nach der Person des Gemeinschuldners richten.

Über die Frage, ob der Konkursverwalter zur eigenmächtigen Inbesitznahme befugt ist, vergl. unten S. 58.

An den Konkursverwalter reiht sich der gerichtlich bestellte Sequester an. Auch ihm kommt nur unmittelbarer Besitz zu. Denn neben seiner Pflicht zur Verwaltung der Sache, steht in den meisten hierher gehörigen Fällen seine Pflicht, die Sachen zu verwahren.

Und nun noch ein Wort über den Besitz des Vorstandes der juristischen Person. Zunächst ist bestritten,

ob die juristische Person überhaupt besitzfähig ist. Wir werden im Einklang mit der wohl z. Z. herrschenden Lehre die Frage bejahen, indem wir es ablehnen, in der juristischen Person lediglich eine Fiktion zu sehen. Staat und Gemeinde, von denen die juristische Person wohl ihren Ausgangspunkt genommen hat, sind ursprüngliche Einrichtungen, die bei allen Völkern vorkommen; sie sind nichts Gedachtes. Alle an die Organisation geknüpften Rechte sind um der zu ihr gehörenden Menschen willen da; der Verband, in dem die Einzelnen stehen, ist eine gesellschaftliche Notwendigkeit, ein wirklich existentes Wesen und damit auch ein Träger von Rechten. (Vgl. hierzu *Crome* a. a. O. S. 164.) Tritt so als vermögensfähiges Wesen die juristische Person neben die natürliche, so bedarf doch erstere, um rechtlich tätig zu werden, einer Organisation: entweder so, dass alle Verbandsmitglieder handeln, oder so, dass einzelne Personen als Organe der juristischen Person bestimmte Handlungen für die letztere vornehmen. Es ist nun bestritten, ob man im letzteren Fall von einer Stellvertretung sprechen kann. Wir wollen der Frage hier nicht näher treten; zugegeben muss auf alle Fälle werden, dass die hierzu berufenen Personen in den meisten Beziehungen wie gesetzliche Vertreter einer physischen Person behandelt werden. Unser Gesetz selbst gebraucht diesen Ausdruck in § 26 Abs. 2, der bestimmt, dass der Vorstand den Verein gerichtlich und aussergerichtlich vertritt und die Stellung eines gesetzlichen Vertreters habe. Räumt man aber ein, einerseits, dass die juristische Person besitzfähig ist und anderseits, dass die für sie handelnden Personen gesetzliche Vertreter sind, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass, was den Besitz anlangt, dem Vorstand unmittelbarer, während der juristischen Person als solcher mittelbarer Besitz zukommen muss.

Denn, wie schon hervorgehoben, ist es unmöglich, den Vorstand einer juristischen Person als Besitzdiener anzusehen; es fehlt hierzu das das Besitzdienerverhältnis

charakterisierende Abhängigkeitsverhältnis. Der Vorstand soll gerade selbständig handeln und entscheiden und er handelt und entscheidet auf Grund der ihm durch die Satzung übertragenen Rechte. Aus dieser ergibt sich seine Stellung Dritten gegenüber, wonach er als Beauftragter der juristischen Person erscheint. Dass aber der Auftrag zu den in § 868 B. G. B. genannten Verhältnissen gehört, wurde oben schon nachgewiesen.

---

§ 9. Es fragt sich nunmehr, wie der gesetzliche Vertreter das ihm zustehende Besitzrecht realisiert; es ist hierbei vor allem die Frage zu beantworten: Ist der gesetzliche Vertreter zur eigenmächtigen Inbesitznahme befugt. Hier herrscht in der Literatur vor allem Streit bezgl. der Stellung des Ehemannes und der des Konkursverwalters.

Die herrschende, auch von uns vertretene Ansicht verweist den Ehemann ohne Unterschied zur Geltendmachung seines Besitzrechts auf den ordentlichen Prozessweg. Die andere Ansicht dagegen will unterscheiden zwischen dem Fall, ob der Ehemann gegen einen Dritten oder gegen den Vertretenen handelt. Im ersteren Fall soll auch nach ihr der Ehemann auf den Prozessweg angewiesen sein, während er im zweiten Fall zu eigenmächtigem Handeln berechtigt sein soll. So nimmt *Cosack* II, 438 an, dass auf Grund der Bestimmung des § 1373 B. G. B. der Ehemann auch bei ausdrücklichem Widerspruch der Ehefrau dieser gegenüber zur eigenmächtigen Inbesitznahme befugt sei. Eine nähere Begründung seiner Ansicht finden wir bei ihm nicht; er beruft sich auf *Lehmann*, der in seinem Lehrbuch Bd. II, 303 dieselbe Ansicht vertritt. *Lehmann* führt zur Rechtfertigung seiner Ansicht die Bestimmung des § 117 K. O. und die Verhandlungen der zweiten Kommission ins Felde. Aber beides vermag die vertretene Lehre nicht zu halten.

Nach § 858 B. G. B. liegt dann keine verbotene Eigenmacht vor, wenn das Gesetz die Entziehung oder

Störung des Besitzes auch wider Willen des Besitzers gestattet. Nun räumt unser Gesetz durch die Bestimmung des § 1373 allerdings dem Ehemann das Recht zur Inbesitznahme ein. Es fragt sich nun, ob mit diesem Recht zur Inbesitznahme das der Eigenmacht verbunden ist. Mit Recht weisen *Neumann* Bd. II § 1373, *Östmann* a. a. O. S. 209 ff, sowie *Jaeger* a. a. O. S. 615 zur Widerlegung dieser Ansicht auf die Bestimmung des § 561 B. G. B. hin. Hier bestimmt der Gesetzgeber, dass der Vermieter berechtigt ist, auch ohne Anrufung des Gerichts der Entfernung der Sachen zu widersprechen und wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz zu nehmen. Die Worte in diesem Paragraphen „ohne Anrufung des Gerichts" hätten nun keinen Sinn oder wären zum mindesten überflüssig, hätte der Gesetzgeber mit dem Begriff des Rechtes zur Inbesitznahme den der Eigenmacht ohne weiteres verbunden wissen wollen.

Auch die Bezugnahme *Lehmanns* auf die Bestimmung des § 117 K. O. ist verfehlt. Allerdings nimmt eine in der konkursrechtlichen Literatur vertretene Ansicht an (vgl. hierzu Motive II S. 340), dass der Konkursverwalter zur eigenmächtigen Inbesitznahme legitimiert sei. Was ihn aber nach dieser Ansicht zur eigenmächtigen Inbesitznahme legitimiert, ist nicht die Bestimmung des § 117 K. O., sondern die Annahme, dass der Konkursverwalter in halbamtlicher Stellung handle und in dem Eröffnungsbeschluss einen vollstreckbaren Titel besitze. Wie weit diese Ansicht richtig ist, werden wir später zu prüfen haben; so viel aber kann schon hier festgestellt werden, dass, wenn diese Ansicht lediglich auf die Bestimmung des § 117 K. O. aufgebaut wäre, sie sich wohl kaum rechtfertigen liesse.

Wenn sich ferner *Lehmann* zur Verteidigung der von ihm vertretenen Lehre auf die Entstehungsgeschichte des § 1373, insbesondere auf die Verhandlungen der zweiten Kommission beruft, so ist auch dies, wie *Örtmann* a. a. O. S. 209 ff nachgewiesen hat, verfehlt. Allerdings war in der zweiten Kommission die Ansicht vertreten, dass der

Ehemann berechtigt sei, der Frau gegenüber sich eigenmächtig in den Besitz der eingebrachten Sachen zu setzen; aber diese Ansicht war durchaus nicht die vorherrschende. Vgl. hierzu *Planck* § 1373, *Örtmann* a. a. O. S. 208 ff.

Hierbei darf man ferner folgendes nicht ausser Acht lassen. Mann und Frau stehen sich bei der Regelung ihres ehelichen Güterrechts als Vertragsparteien gegenüber. Das gesetzliche Güterrecht tritt dann ein, wenn eine vertragliche Regelung nicht stattfand. Aber auch bei ihm stehen sich, darüber kann kein Zweifel bestehen, die Eheleute als Gleichberechtigte insoweit gegenüber, als sie jederzeit berechtigt sind, das Güterrecht aufzuheben. Denn eine ähnliche Bestimmung, wie sie der *C. C.* enthielt, wonach Eheverträge nur vor Abschluss der Ehe möglich waren, enthält unser Gesetzbuch nicht. Stehen sich aber die Eheleute als gleichberechtigte gegenüber, so hätte der Gesetzgeber in einer Zeit, wo das Bestreben vor allem dahin geht, einerseits die Stellung der Frau möglichst zu heben und andrerseits der Eigenmacht möglichst enge Grenzen zu ziehen, es nicht unterlassen dürfen, wenn er dem Ehemann eine so weit gehende Befugnis hätte einräumen wollen, dies mit klaren Worten zum Ausdruck zu bringen.

Kommen wir demnach bei dem Ehemann zu dem Ergebnis, dass er zur Realisirung seines Besitzrechts wie gegen Dritte, so auch gegen die Frau auf den Prozessweg angewiesen ist, so fragt es sich, ob sich das Gleiche auch von dem Konkursverwalter behaupten lässt.

Wie schon oben angedeutet, hängt die Lösung der Frage, wie so oft bei konkursrechtlichen Streitfragen, von der rechtlichen Beurteilung der Stellung des Konkursverwalters ab. Nach § 117 K. O. hat der Konkursverwalter nach Eröffnung des Konkursverfahrens das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Dass mit diesem Recht zur Inbesitznahme das der Eigenmacht nicht eo ipso verbunden ist, haben wir oben unter Bezugnahme auf § 561 B. G. B.

darzutun versucht. Diese letztere Bestimmung kann aber auch hier zur Auslegung herangezogen werden. Denn es ist wohl die Annahme gerechtfertigt, dass durch die Novelle von 1898 der Sprachgebrauch der K. O. dem des B. G. B. möglichst angepasst werden sollte. In beiden Fällen aber spricht der Gesetzgeber lediglich von dem Recht zur Inbesitznahme. Aus der Stellung des Konkursverwalters aber ist zu Gunsten der Lehre von der eigenmächtigen Inbesitznahme nichts zu entnehmen. Allerdings besitzt der Konkursverwalter in dem Eröffnungsbeschluss einen vollstreckbaren Titel. Aber der Besitzer eines vollstreckbaren Titels ist nicht ohne weiteres zum eigenmächtigen Vorgehen gegen seinen Schuldner befugt; er ist zur Durchführung der Zwangsvollstreckung auf den Gerichtsvollzieher angewiesen. Würde nun die Stellung des Konkursverwalters der des Gerichtsvollziehers, d. h. würde sie der eines staatlichen Vollstreckungsorganes entsprechen, so könnte es keinem Zweifel unterliegen, dass der Konkursverwalter zu eigenmächtigem Handeln befugt wäre. Dass aber seine Stellung nicht so aufgefasst werden kann, wurde oben schon dargetan, und ergibt sich ohne weiteres auch daraus, dass Widerstand gegen den Konkursverwalter nicht unter die Strafbestimmung des § 113 St. G. B. fällt. Die Konkursverwaltung ist eben nichts anderes, wie *Jaeger* mit Recht sagt, als eine besonders geartete Vermögenspflegschaft.

Nun soll nach der hier angefochtenen Lehre das Recht zur eigenmächtigen Inbesitznahme dem Konkursverwalter lediglich dem Gemeinschuldner gegenüber gestattet sein, während auch nach ihr Dritten gegenüber der Konkursverwalter auf den Prozessweg angewiesen ist. Schon in dieser Unterscheidung zeigt sich die Mangelhaftigkeit der vertretenen Lehre; denn § 117 K. O. macht keinen Unterschied.

Aus all' dem aber folgt, dass sich der Konkursverwalter der verbotenen Eigenmacht schuldig macht, wenn er eine Sache wider den Willen des Gemeinschuldners

in Besitz nimmt; andrerseits aber macht sich zweifellos der Gemeinschuldner der verbotenen Eigenmacht schuldig, wenn er den fehlerfrei erlangten Besitz des Verwalters wider dessen Willen stört oder entzieht. (Vgl. hierzu vor allem *Jaeger* a. a. O. S. 614 ff.)

Was nun den Inhaber der elterlichen Gewalt und den Vormund anbelangt, so fehlt auch hier eine ausdrückliche Regelung der aufgeworfenen Frage im Gesetz. Als gesetzlicher Vertreter ist der Inhaber der elterlichen Gewalt wie der Vormund berechtigt, die dem Pflegebefohlenen gehörigen Sachen, so weit sie seiner Verwaltung unterliegen, in Besitz zu nehmen. Das Gesetz gibt hier dem Gewalthaber nicht nur ein Recht, sondern legt ihm dies zur Pflicht auf, wie sich aus den §§ 1627 ff. bezw. 1793 B. G. B. ergibt. Diese Regelung schliesst allerdings nicht aus, dass der Pflegebefohlene neben dem Gewalthaber eine gewisse selbständige Vermögensverwaltung hat, wie unter anderem die §§ 110, 112, 113, 1650 B. G. B. beweisen. Es fragt sich nun, ob auch hier der Gewalthaber zur Inbesitznahme des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens auf den Prozessweg angewiesen ist. Dass er gegen dritte Personen nicht eigenmächtig vorgehen darf, bedarf wohl keines weiteren Nachweises; Zweifel können nur bestehen, ob er hierzu auch gegenüber dem Pflegebefohlenen gezwungen ist.

Der Minderjährige sowohl, als der Entmündigte — darüber kann kein Zweifel bestehen — können Besitz haben und erwerben, und ein Dritter macht sich der verbotenen Eigenmacht schuldig, wenn er sie widerrechtlich im Besitz stört oder ihnen denselben entzieht. Dieses Moment der Widerrechtlichkeit scheidet nur beim Vater resp. Vormund aus. Aber dieses Ausscheiden der Rechtswidrigkeit berechtigt nicht schon ohne weiteres zur Eigenmacht gegenüber dem Mündel; es fragt sich vielmehr, ob er den Widerspruch des Mündels ohne Anrufung des Gerichts brechen kann. Man denke sich den Fall, dass der Entmündigte sich sträuben würde, die zur Verwaltung des

Vormunds gehörigen Sachen herauszugeben, und daneben den Fall, dass der zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigte Minderjährige mit seinem gesetzlichen Vertreter bezüglich der Grenze der Verwaltung des gesetzlichen Vertreters und seiner eigenen in Streit gerät. Sollte nun im ersteren Falle der Vormund angewiesen sein, erst klagend gegen den Mündel vorzugehen? Da der Mündel selbst nicht prozessfähig ist, wäre eine Pflegerbestellung erforderlich. Dies kann und hat der Gesetzgeber nicht beabsichtigt; denn das würde auf eine vollständige Verneinung der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt hinauslaufen, ergibt sich überdies, wenn man in Betracht zieht, dass der Vater resp. Vormund vom Gesetz dazu berufen ist, alle Handlungen für seinen Pflegbefohlenen vorzunehmen, denselben in seinem rechtlichen Unvermögen zu vertreten, dass seine Handlungen denen des Vaters resp. Vormunds gegenüber ohne rechtliche Wirkungen sind, dass sich nicht Gleichberechtigte gegenübertreten, sondern dass der Wille des Pflegbefohleneu dem des gesetzlichen Vertreters vollständig untergeordnet ist und durch ihn ersetzt wird. Gelangen wir demnach im ersten Fall zu der Annahme, dass der gesetzliche Vertreter dem Mündel gegenüber zu eigenmächtigem Handeln befugt ist, so müssen wir dies im zweiten Fall verneinen und zwar hier deshalb, weil der Minderjährige, insoweit er freies Vermögen hat, prozessfähig ist. Indem hier der Gesetzgeber dem Minderjährigen eine freiere, dem Volljährigen ähnliche Stellung eingeräumt hat, fallen alle jene Gründe, die gerade im ersteren Fall für die Bejahung der eigenmächtigen Inbesitznahme ausschlaggebend waren, weg.

Bei den Vertretern der juristischen Personen kann die hier aufgeworfene Frage lediglich dritten Personen gegenüber praktisch werden, und hier ist der gesetzliche Vertreter zur Verwirklichung seines Besitzrechts ohne Frage auf den Prozessweg angewiesen.

Sonach aber ergibt die in diesem Punkte angestellte Untersuchung insofern ein einheitliches Bild, als wir den gesetzlichen Vertreter in allen Fällen zur Realisierung seines Besitzrechts gegen Dritte auf den Prozessweg verweisen, und mit dem Begriff der gesetzlichen Vertretung nicht ohne weiteres den der Eigenmacht gegen den Vertretenen verbinden.

---

§ 10. Es bedarf nunmehr noch die Frage über den Besitzverlust des gesetzlichen Vertreters und der sich hieran anschliessenden Folgen der Erörterung.

Abgesehen von der freiwilligen Besitzaufgabe seitens des gesetzlichen Vertreters, bei der natürlich auch der mittelbare Besitz aufhört, haben wir es hier vor allem mit zwei Fällen zu tun: einmal mit dem der gewaltsamen Besitzentziehung durch einen Dritten und sodann mit dem der Beendigung der gesetzlichen Vertretung.

Während im ersten Fall der Vertretene mit dem Vertreter Besitz verliert, da hier das Bindeglied weggefallen ist, so liegt die Sache im zweiten Fall nicht so ganz einfach. Beendigt kann die gesetzliche Vertretung einmal werden dadurch, dass der gesetzliche Vertreter wegfällt m. a. W. durch einen in der Person des gesetzlichen Vertreters liegenden Umstand, sodann aber auch dadurch, dass die Grundlagen für die gesetzliche Vertretung wegfallen. Als Beispiel für den ersten Fall möge der Tod des gesetzlichen Vertreters, für den zweiten Fall die Volljährigkeit des Mündels dienen. Wird nun die gesetzliche Vertretung durch den Tod des gesetzlichen Vertreters beendigt, so geht der Besitz und mit ihm die Besitzschutzmittel gemäss § 857 B. G. B. auf den Erben des gesetzlichen Vertreters über, natürlich nur in soweit als der gesetzliche Vertreter die tatsächliche Gewalt über die Sache in dem von uns oben entwickelten weiteren Sinn ausgeübt hat. Das frappiert zweifellos prima facie; denn während eine Succession in die Rechte des gesetzlichen

Vertreters als solche nicht stattfindet, der Erbe des Vorstands der juristischen Person, des Vormunds, des Konkursverwalters nicht in die Stellung derselben succedirt, erlangt er den Besitz des von seinem Erblasser verwalteten Vermögens; doch wird man durch die Bestimmung des § 857 B. G. B. mit der herrschenden Lehre hierzu gezwungen und findet ein Analogon in dem unvererblichen Niessbrauch. Der Erbe aber wird nicht Alleinbesitzer, sondern erlangt bezgl. des Besitzes dieselbe rechtliche Stellung, wie sein Erblasser, ist jedoch verpflichtet, dem Nachfolger in der gesetzlichen Vertretung die Sachen herauszugeben, da er sich andernfalls der verbotenen Eigenmacht schuldig macht.

Bei dem Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen für die Vertretung bleibt der gesetzliche Vertreter noch bis auf weiteres Besitzer; der mittelbare Besitzer aber kann von ihm die Herausgabe verlangen. Soweit der Vertretene die tatsächliche Gewalt schon bis jetzt innegehabt hat d. h. soweit er in der Lage ist, den Besitz auszuüben, wird er ohne weiteres Alleinbesitzer.

---

§ 11. Fassen wir zum Schlusse noch einmal die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung kurz zusammen. Wir sind ausgegangen von dem Begriff und der rechtlichen Natur des Besitzes und haben einen Besitzerwerb durch Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. B. G. B. verneint. Durch die Bestimmungen der §§ 855, 868 B. G. B. hat aber unser Gesetzgeber die Möglichkeit einer Vermittelung des Besitzerwerbs geschaffen. § 855 kann nun auf die Fälle der gesetzlichen Vertretung keine Anwendung finden, wohl aber lassen sich diese unter die Bestimmung des § 868 B. G. B. subsumieren. Ist aber dies der Fall, so ist der gesetzliche Vertreter unmittelbarer, der Vertretene mittelbarer Besitzer. Ist aber der Vertretene mittelbarer Besitzer, so müssen ihm auch die mit diesem Besitzverhältnis

verknüpften Vorteile zu gute kommen, als welche wir mit der herrschenden Lehre annehmen: 1. der possessorische Schutz gemäss § 868 B. G. B., 2. die Möglichkeit der Ersitzung, sofern er mittelbaren Eigenbesitz hat, und der Übertragung des Besitzes nach § 870, 3. die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers für die Eigentumsklage und 4. die Bedeutung für die Eigentumsvermutung des § 1006 und die Klage aus § 1007. Der gesetzliche Vertreter wird nun nicht eo ipso unmittelbarer Besitzer, sondern er muss sich seinen Besitz erst verschaffen und ist gegen Dritte, wie gegen den Vertretenen, sofern sich nichts anderes aus dem Gesetz ergibt, zur Inbesitznahme auf den Prozessweg angewiesen.

Zum Schlusse habe ich noch die angenehme Verpflichtung, Herrn Professor Dr. *Jaeger* auch an dieser Stelle für die vielfachen Bemühungen und für das mir jederzeit entgegengebrachte Wohlwollen meinen herzlichsten Dank auszusprechen.